

Prólogo a la edición castellana: A vueltas con el moralismo legal

(Miguel A. Ramiro Aviles, Universidad Carlos III de Madrid)

«Sin duda, sostener que un acto homosexual es antisocial o neurótico en sí mismo es un disparate peligroso, a la altura de los que solía soltar el asombroso doctor Edmund Bergler cuando afirmaba que 'curaría' a los homosexuales, como si fuera algo deseable, como corregir la nariz de los judíos o alisar el pelo de los negros para hacer posible que quienes han sido cambiados de este modo pasen más fácilmente por un mundo de cristianos blancos de nariz chata»

(Gore Vidal, *Sexualmente hablando*)

1. *Introducción*

El libro de H.L.A. Hart *Derecho, Libertad y Moralidad* trata de contestar a una de las varias preguntas que pueden formularse sobre la relación que guardan el Derecho y la Moral. Específicamente, trata de encontrar la respuesta a la cuestión sobre la imposición de la moralidad, esto es, trata de saber si «el hecho de que cierta conducta sea inmoral, según los estándares comunes, es suficiente para justificar que esa conducta sea punible por el Derecho» (2006, 99). O dicho de otro modo más simple y directo, ¿deben los actos inmorales ser considerados delitos? La respuesta a este interrogante es capital para determinar, entre otras cosas, el modelo de relación entre el Derecho y la fuerza ante el que nos encontramos; el modelo de relación entre el Derecho y la moral al que nos adscribimos; y el sentido que le damos al origen social de las fuentes del Derecho. La respuesta negativa que Hart da a la pregunta de si la inmoralidad debe ser considerada un delito implica que el Estado sólo podrá inter-

venir en la vida de las personas cuando el comportamiento que éstas pretendan realizar afecte de forma relevante, ya sea física o psíquicamente, a terceras personas. Si no se produce tal afectación, las personas están en su derecho, son libres, de realizar o no dicho comportamiento. El Estado no podrá justificar su intervención apelando al bienestar físico o psíquico de la persona como ocurriría en el caso del paternalismo jurídico, salvo que esa persona sea calificada como incompetente básica, o apelando a la estabilidad de la sociedad, como ocurriría en el caso del moralismo legal. Por otro lado, la respuesta de Hart, si bien no desconoce que entre el Derecho y la moral existen puntos de conexión y coincidencia contingentes, se basa en la separación conceptual entre Derecho y moralidad (1980a, 5). Afirmando al tiempo la separación conceptual y la existencia de ciertas coincidencias contingentes, Hart traslada el centro de atención hacia la cuestión de qué partes de la moralidad pueden imponerse a través del Derecho (Cfr. Málem, 1996, 54). De ahí que admita que hay importantes conexiones entre la tesis de la separación conceptual y la tesis de las fuentes sociales del Derecho (1980a, 5). Así, la respuesta de Hart reconoce que la existencia del Derecho depende de que haya «alguna forma de práctica social que incluya a los jueces y a los ciudadanos ordinarios, y esta práctica social determina lo que en cualquier sistema jurídico dado son las fuentes últimas del Derecho o criterios últimos o test últimos de validez jurídica» (1980a, 5). Este test último de validez jurídica es la *regla de reconocimiento* (Hart, 1992, 125-137), la cual «impone un deber sobre los jueces de considerar ciertas características específicas como identificadores de los standards jurídicos que deben aplicar en la decisión de los casos» (1980, 7-8). Como reconoce Hart, junto a la identificación formal, que atiende a su origen o *pedigree* (la puesta en vigor por un legislador supremo, el precedente judicial), puede convivir una identificación material, centrada en el contenido (un principio de moralidad o de justicia) (Cfr. Escudero, 2004, 55-61). Es en ese caso concreto cuando cobra

todo sentido la pregunta sobre qué partes de la moralidad pueden imponerse a través del Derecho. La referencia a que un principio de moralidad podría actuar como la regla de reconocimiento de un determinado sistema jurídico no significa, en la tesis de Hart, que en dicha regla tenga cabida cualquier norma moral sino sólo las normas morales básicas que constituirían el *contenido mínimo del Derecho natural* (Hart, 1992, 239-247) y cuyo incumplimiento generalizado supondría poner en peligro la existencia de la sociedad (Cfr. Hart, 2006, 156; Ramos Pascua, 1988, 447-448; Málem, 1996, 52).

La respuesta de H.L.A. Hart, negando que la inmoralidad de una acción sea razón suficiente para proceder a su prohibición legal, le enfrenta a la tesis que defendía Patrick Devlin en varios de sus trabajos, recogidos en el libro *The Enforcement of Morals*, contra las recomendaciones del informe emitido en 1957 por el Comité sobre Delitos Homosexuales y Prostitución. En dicho informe, conocido con el *Informe Wolfenden*, se recomendaba que la homosexualidad entre adultos y la prostitución, siempre y cuando no fuese practicada en lugares públicos, debían despenalizarse ya que no eran asuntos propios del Derecho al no poderse probar la existencia de una afectación suficientemente relevante a terceras personas. Así, en el *Informe Wolfenden* puede leerse, «su función, tal y como la entendemos, es preservar el orden público y la decencia, proteger a los ciudadanos de aquello que sea ofensivo o perjudicial, y proveer suficientes salvaguardas contra la explotación y corrupción de terceras personas, en particular de aquellas que son especialmente vulnerables porque son jóvenes, débiles física o mentalmente, no tienen experiencia, o están en un estado de especial dependencia física, oficial o económica. No es, en nuestra opinión, función del Derecho intervenir en la vida privada de los ciudadanos, o tratar de imponer un patrón particular de comportamiento, más allá de aquello que sea necesario para llevar a cabo los objetivos que hemos señalado». Y concluye el informe señalando que «aunque ha habido un intento deliberado por parte

de la sociedad, actuando a través de la agencia del Derecho, de equiparar la esfera del crimen con la del pecado, tienen que mantenerse un ámbito de moralidad e inmoralidad privadas que, dicho en pocas y simples palabras, no son asunto del Derecho¹. De este modo, en el *Informe Wolfenden* se estaba limitando el alcance que podía tener el Derecho, en especial el penal, en Inglaterra, aunque la tesis es extensible a otros países del mismo entorno cultural². Devlin, quien en un principio estaba a favor de las recomendaciones del informe (1965, v)³, se

¹ *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, 1457, Cmnd. 247, paragraphs 13 y 224.

² En 1955 el *American Law Institute* divulgó el «Model Penal Code» en el que recomendaba que no se criminalizasen las relaciones sexuales entre adultos que fuesen consentidas y se realizasen en privado. Esta recomendación se basaba tres puntos: (i) este tipo de prohibiciones afectaban al respeto que las personas debían tener hacia el Derecho al criminalizar un comportamiento que muchas personas podían seguir; (ii) las normas regulaban conductas privadas que no dañaban a otros; (iii) las leyes eran aplicadas arbitrariamente y podía favorecer el chantaje. Sobre el «Model Penal Code» véase Schwartz (1971). Como veremos a lo largo del texto, son muchas las sentencias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en que se ha discutido la cuestión del moralismo legal tanto para defenderlo como para criticarlo. La más reciente es la sentencia del caso *Lawrence vs. Texas* y en ella se utilizó el *Informe Wolfenden* como parte de la argumentación contra la ley que prohibía la sodomía entre personas del mismo sexo. Salvo esta última sentencia, el resto de sentencias citadas en este trabajo se encuentran recogidas en los libros *Morality, Harm and the Law*, editado por Gerald Dworkin (1994), y en *The Legal Enforcement of Morality*, recopilado por Thomas Grey (1983). Un interesante análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos bajo el mandato de William H. Rehnquist se encuentra en Gottlieb (2000).

La postura Patrie Devlin a favor de las recomendaciones del *Informe Wolfenden* se fundamenta en un argumento inaceptable porque llega a afirmar que la razón por la que el Derecho no debía criminalizar las conductas homosexuales era que el castigo legal no sería un instrumento útil para curar a los homosexuales, los cuales llevan «un estilo de vida miserable» (1965, v).

oponía a tales tesis porque en su opinión «la moralidad compartida en una sociedad es tan necesaria como un gobierno reconocido» (1965, 11), de ahí que todos aquellos comportamientos que pudiesen erosionarla eran tan asuntos del Derecho como la prevención de la criminalidad común o la traición (1965, 13). Devlin defendía, pues, la imposición de la moralidad social a través del Derecho penal como un elemento clave para mantener la existencia de la sociedad.

Este antagonismo entre las posturas de H.L.A. Hart y Patrick Devlin es el que determina que entre ambos autores haya existido una *polémica* que reverdecía la que en el siglo XIX mantuvieron John Stuart Mill y James Fitzjames Stephen a raíz de la publicación de *Sobre la Libertad* en 1859. Desentrañar el sentido de la polémica Hart-Devlin, a la que autores como Ronald Dworkin, C.L. Ten, Basil Mitchell o Robert George han contribuido notablemente, será el objetivo de los dos primeros apartados de este trabajo, mientras que dedicaré los subsiguientes a destacar algunas de las posibles consecuencias que una postura como la de Patrick Devlin podría tener en la sociedad.

2. ¿Qué es el moralismo legal?

Joel Feinberg en *Harmless Wrongdoing*, volumen cuarto de su obra *The Moral Limits of the Criminal Law*, señala que el moralismo legal no es una corriente unívoca de pensamiento sino que pueden establecerse hasta cuatro tipos diferentes si se conjugan las siguientes notas: por un lado, el carácter estricto o el carácter amplio, y, por otro lado, el carácter puro o el carácter impuro. El carácter amplio o estricto se refiere al tipo de acciones que constituyen males y legitiman la intervención del Estado con el Derecho penal. Por su parte, el carácter puro o impuro hace referencia a las razones que justifican dicha intervención. Así, señala que el *moralismo legal puro* en

sentido estricto será aquella postura que legitima que el Derecho prevenga y/o castigue sólo las acciones que se consideran inherentemente inmorales, aunque no dañen u ofendan a nadie, y justifica su postura en que el mal que se quiere prevenir y/o castigar es un mal en si mismo. El *moralismo legal puro en sentido amplio* será aquella postura que legitima que el Derecho prevenga y/o castigue todas las acciones que se consideran inmorales, aunque no dañen u ofendan a nadie, y justifica su postura en que el mal que se quiere prevenir y/o castigar es un mal en si mismo. En tercer lugar tendríamos el *moralismo legal impuro en sentido estricto*, según el cual deben prohibirse sólo las conductas que sean inherentemente inmorales porque, aunque no son directamente dañosas u ofensivas, tienen un efecto negativo tanto en las personas que las realizan u observan como en la sociedad que las acoge. Por último, el *moralismo legal impuro en sentido amplio* defendería que deben prohibirse todas las conductas que sean inmorales porque, aunque no son directamente dañosas u ofensivas, tienen un efecto negativo en las personas que las realizan u observan y en la sociedad que las acoge (1990, 3-10).

Patrick Devlin pertenecería, en principio, al moralismo legal impuro en sentido estricto ya que apela a las consecuencias dañosas que los comportamientos inmorales tienen en la sociedad, pero su postura no es, como veremos, del todo *estricta* ya que la inmoralidad del comportamiento no es inherente sino que deriva de contravenir la moralidad social (Feinberg, 1990, 133).

A la hora de exponer su postura a favor del moralismo legal, que se fija en los trabajos que conforman su libro *The Enforcement of Morals*, Patrick Devlin parte de una cuestión que él considera general y fundamental, «¿cuál es la conexión entre el crimen y el pecado?» (1965, 2). La respuesta a este interrogante establecerá hasta qué punto el Derecho penal debe preocuparse de la imposición de la moralidad y debe castigar el pecado o la inmoralidad. Piensa, aunque reconoce que no es

más que un sentimiento, que «una completa separación entre crimen y pecado (...) no sería buena para el derecho moral⁴ y podría ser desastroso para el derecho penal». De ahí que su objetivo será justificar racionalmente dicho sentimiento y establecer la relación entre el derecho penal y el derecho moral (1965, 4). Con este fin, Patrick Devlin señala que si se quiere establecer la completa separación entre el crimen y el pecado, «el Derecho penal no puede justificar ninguna de sus disposiciones refiriéndose al derecho moral. No se puede decir, por ejemplo, que se prohíben el asesinato y el robo porque son inmorales o pecaminosos» por lo que el castigo debe justificarse de otra manera, lo cual, reconoce, «no es difícil de hacer [porque] el buen funcionamiento de la sociedad y la preservación del orden requieren que deban regularse un cierto número de actividades» (1965, 5). No obstante esta posible justificación que elimina toda referencia a la moralidad, Patrick Devlin insiste en la imposibilidad de separar crimen y pecado pues «el Derecho penal al cumplir con esos objetivos sin duda alguna se superpondrá con el derecho moral. Los delitos con violencia son moralmente malos y también son ataques contra el buen orden; por lo tanto infringen ambos derechos. Esto es así porque ocurre que los dos derechos, aun persiguiendo diferentes objetivos, cubren la misma área» (1965, 5). De ahí que sostenga que «el Derecho penal, tal y como lo conocemos, se fundamenta en un principio moral. En un número de casos su función simplemente es imponer un principio moral y nada más» (1965, 5). Esos casos son, principalmente, una serie de delitos específicos, tales como la homosexualidad, el incesto, la sodomía, el aborto o la venta de pornografía; la importancia de la moralidad a la hora de graduar el castigo; y la nula relevancia que tiene el consentimiento en el Derecho penal.

⁴ En ocasiones Devlin usa «moral law» como sinónimo de «public morality». Cfr. Devlin, 1965, 136.

Patrick Devlin expone los detalles de su teoría mediante una serie de preguntas a las que ofrece una respuesta particularizada. La primera pregunta que formula es si la sociedad tiene derecho a juzgar asuntos de moralidad, o lo que, según Devlin, es lo mismo, si existe una moralidad pública o la moral es un asunto que debe juzgarse en privado. La segunda pregunta parte de la respuesta dada a la primera pues sólo en el caso que se afirme que la sociedad tiene ese derecho y que la moral no es un asunto meramente privado, Devlin quiere saber si la sociedad está autorizada a usar el Derecho para imponer su criterio. La tercera pregunta depende, a su vez, de la respuesta dada a la segunda pues si la sociedad está autorizada a usar el Derecho, entonces desea saber si puede hacerlo en todos los casos o sólo en algunos, y qué criterio existe para discriminar entre ellos (Devlin, 1965, 7-8).

Las respuestas que ofrece a los interrogantes que plantea configuran una postura que, en términos generales, permite a la sociedad usar el Derecho para imponer la moralidad social en todos aquellos casos en que se estime que está comprometida la estabilidad de la sociedad. En concreto, respecto a la primera pregunta, Devlin confirma que la sociedad tiene derecho a pronunciarse en los asuntos de la moralidad y a juzgar como buenos o malos ciertos comportamientos, y sostiene que no basta con que una mayoría de personas desaprobe una determinada práctica sino que debe ser unánime (1965, 91) o, usando las palabras de Devlin, a collective judgment (1965, 8).

Es interesante observar el refinamiento que en este aspecto concreto se produce en la teoría entre el primer capítulo del libro, «Morals and the Criminal Law», que es una conferencia de 1959 y el capítulo quinto, «Democracy and Morality», que es una conferencia de 1961. El refinamiento se debe a que cada vez más insiste en que el *hombre razonable* debe ser entendido como una persona que forma parte de un jurado, lo cual hace que no todas las personas están capacitadas para manifestar qué es lo moral o inmoral (Cfr. Feinberg, 1990, 138).

Esos pronunciamientos son la base sobre la que se constituye la moralidad pública, que es compartida por la sociedad, y que es un elemento imprescindible tanto en la propia constitución de la sociedad como en su mantenimiento porque, según Devlin, toda sociedad es una comunidad de ideas políticas y morales que señalan cómo deberían comportarse sus miembros (1965, 9)⁶, estableciéndose de ese modo las instituciones esenciales de la sociedad que son imprescindibles para su existencia (p. e. el matrimonio heterosexual). Devlin establece de este modo una de las premisas claves de su teoría: la existencia de la sociedad y de cierta cohesión dependen de la existencia de una moralidad compartida (Cfr. George, 1995, 51). Frente a esta moralidad pública estaría la moralidad privada y Devlin no admite que esta última se interprete como la libertad de las personas «para decidir lo que es moral e inmoral, permaneciendo la sociedad neutral», pues causaría un daño intangible a la moralidad pública (Cfr. Ten, 1972, 323), y limita su significado al «comportamiento privado en asuntos de moralidad» (1965, 8-9). De ese modo entre ambas se mantiene una relación de subordinación de la privada a la pública.

Por lo que respecta a la segunda pregunta, Devlin señala que, como la sociedad tiene el derecho a pronunciarse en los asuntos de la moralidad juzgando como buenos o malos ciertos comportamientos y que existe una moralidad pública, la sociedad sí puede usar el Derecho «para preservar la moralidad de la misma forma en que lo usa para proteger todo aquello que es necesario para su existencia» (1965, 11). De esta manera Devlin reconoce que «la sociedad tiene un derecho *prima facie* para legis-

⁶ Si nos fijamos en los diferentes modelos de sociedad ideal que se han dado a lo largo de la historia del pensamiento utópico, creo que el modelo más próximo sería el de Moravia pues en ambos casos la sociedad se construye sobre una comunidad de ideas morales (Ramiro Aviles, 2000, 159-191).

lar contra la inmoralidad» (1965, 11)⁷, asignándose de ese modo al Derecho la función de proteger a la sociedad del daño⁸. En cuanto a las circunstancias que se requieren para que la sociedad haga uso de ese derecho, Devlin se opone a la sugerencia que hace el *Informe Wolfenden* de que se requieren 'circunstancias especiales' (p.e. 'afectación a terceras personas') para justificar la intervención del Derecho y sostiene que este requisito es erróneo y cualquier intento de establecer dichas circunstancias especiales está abocado al fracaso porque deben definirse de una forma tan amplia (p.e. 'corrupción y explotación de terceras personas') que pueden usarse para justificar cualquier tipo de inmoralidad y de intervención legal (1965, 11). Esto le lleva a afirmar «que no es posible establecer límites teóricos al poder del Estado para legislar contra la inmoralidad», como tampoco «es posible establecer por adelantado excepciones a la regla general o definir inflexiblemente áreas en las que el Derecho no está autorizado a entrar bajo ninguna circunstancia» (1965, 11). Devlin no acepta, pues, el argumento que está presente en el *Informe Wolfenden* por el cual no se puede intervenir legalmente en aquellos casos en que la acción sólo afecta a la persona que la ejecuta (p.e. si decide emborracharse todas las noches en privado). Devlin opina que tal argumento no es válido porque no puede resolverse en abstracto cuándo existe daño a terceras personas y tampoco puede señalarse teóricamente a cuántas personas les permitirías hacer dicha acción sin que la sociedad se vea afectada. En este sentido hace la siguiente observación: «Supóngase que un cuarto o la mitad de la población se emborracha todas las noches, ¿qué clase de sociedad sería?» (1965, 14).

Algunos críticos han señalado que ese derecho *prima facie* es un deber (Dworkin, 1971, 62; Sartorius 1971-72, 892).

En mi opinión, la razón por la que Devlin califica este derecho como *prima facie* hay que buscarla en el dalo de que el sentimiento de repulsa no debe ser sólo de una mayoría de personas sino de un *collective judgment*.

En su opinión, una sociedad de ese tipo no habría podido responder satisfactoriamente al llamamiento que Winston Churchill hizo en 1940 para enfrentarse al III Reich alemán (1965, 111). Devlin, de ese modo, señala que las razones abstractas que conducen a la condena moral de un determinado comportamiento y a su criminalización son secundarias pues principalmente debemos fijarnos en el acto de condena o en el sentimiento de rechazo de la sociedad y en el peligro que supone para la estabilidad de la sociedad (Cfr. George, 1995, 52).

De esa forma se reconoce el derecho de la sociedad a usar el Derecho «para protegerse de peligros, internos o externos» (1965, 11-12). La necesidad de protegerse de ambos peligros se debe a que «la sociedad se desintegra desde dentro con mayor frecuencia que se fractura por presiones externas» (1965, 12). Devlin recurre así a la *tesis de la desintegración*, mezclándola con la *tesis de la conservación*, como argumento para defender la imposición legal de la moralidad positiva, esto es, de las convicciones morales profundas y arraigadas de los miembros de una comunidad, hasta el punto de formar su identidad⁹. Apelando a la desintegración, los peligros internos de naturaleza moral, como puede ser la homosexualidad, se

Aunque Devlin no establece una diferencia expresa, algunos de sus críticos (Dworkin, 1971; Hart, 2003; Feinberg, 1990) y de sus comentaristas (Mitchell, 1967) han leído entre líneas y distinguen entre la *tesis de la desintegración* y la *tesis de la conservación*. La primera tesis señala que una moralidad compartida es aquello que mantiene unida a la sociedad y la imposición de la misma es esencial para prevenir la destrucción de la sociedad, mientras que la segunda tesis mantiene que el derecho que tiene la mayoría a seguir sus propias convicciones morales justifica que su entorno moral sea protegido de cualquier cambio (Cfr. Dworkin, 1971, 59-61). En opinión de Rolf Sartorius, la segunda tesis es más interesante que la primera ya que aparentemente pretende justificar la imposición de la moralidad sin apelar a los prejuicios o a las reacciones emocionales sino a un derecho moral y un deber moral como son los de votar contra aquello que va en contra de mis convicciones (1971-72, 894).

equiparan a los peligros externos de naturaleza política, como puede ser la traición. El peligro interno aparece cuando «no se respeta la moralidad común», de ahí que «la sociedad está legitimada a adoptar las mismas medidas para preservar su código moral que las que adopta para preservar su gobierno u otras instituciones esenciales» (1965, 13).

Así pues, la tercera respuesta es que no pueden ponerse límites teóricos a la potestad del Estado de legislar contra la inmoralidad. De esta forma el Derecho tiene un amplio *locus standi* en el que puede actuar legítimamente pues, según Devlin, «cualquier inmoralidad tiene la capacidad de afectar a la sociedad dañándola». Es lo que Gerald Postema denomina *moralismo legal globalista* (1994, 77). Esa amplitud hace que Devlin sea consciente del conflicto que existe entre la moralidad privada y la moralidad pública, y que trate de solucionarlo. En este sentido, reconoce que no puede obligarse a que las personas individuales sometan toda su conducta a un juicio de aprobación por la sociedad y debe encontrarse un equilibrio entre los derechos de uno y de otra (1965, 15-16). Este equilibrio debe encontrarse a través de una serie de criterios. El primero señala que *debe tolerarse la máxima libertad individual que sea compatible con la integridad de la sociedad*; el segundo que *los límites de la tolerancia cambian*; el tercero que *la privacidad debería respetarse tanto como sea posible*; y el cuarto que *el Derecho se preocupa de lo mínimo y no de lo máximo* (1965, 16-19)¹⁰. El pri-

¹⁰ La diferencia entre estos criterios limitativos y el principio de no afectación a terceros es que para Devlin son simples 'criterios que hay que tener en cuenta' a la hora de decidir en cada caso si se impone legalmente o no la moralidad, mientras que Mili lo considera una limitación definitiva de carácter general contra la legislación moral (Grey 1983, 12; Dwor-kin, 1998-99, 935). Gerald Postema, por su parte, indica que «los liberales insisten en que los límites son principios que determinan el alcance de la moralidad pública; los críticos conservadores admiten sólo límites pragmáticos que se definen caso a caso (1994, 77).

mero de estos criterios significa que «el Derecho no debería castigar nada que no esté más allá de los límites de la tolerancia», lo cual implica que no todo puede tolerarse pero que, en todo caso, debe reservarse la utilización del castigo legal para aquellos comportamientos en los que existe un verdadero sentimiento de reprobación por la sociedad (1965, 17). El segundo criterio supone asumir que los juicios morales que hace una sociedad varían tanto histórica como geográficamente (1965, 18), lo cual, como veremos, introduce el relativismo moral en la teoría de Devlin. El tercer criterio trata de defender uno de los derechos más vulnerados en el moralismo legal porque las medidas normativas moralistas suponen una intromisión ilegítima en la vida privada de las personas, lo cual conlleva una limitación de la autonomía y de la libertad que se disfrutan". A pesar de este reconocimiento, Patrick Devlin limita de tal forma el con-

¹¹ Joel Feinberg señala que los moralistas han mal interpretado el sentido de lo privado cuando en el *Informe Wolfenden* se señala que existe un ámbito de moralidad e inmoralidad privados que no son asuntos del Derecho. Esa idea no significa, como algunos han pretendido entender, que todo aquello que se haga en privado queda fuera de control por parte del Derecho, sino simplemente que se trata de comportamientos autorreferentes, que no afectan a los intereses o sensibilidades de otros, y, por lo tanto, que cada persona es libre de seguir su propio criterio moral, incluso si son diferentes de los estándares prevalentes en su comunidad (Cfr. 1990, 134). Esta versión de la privacidad es la que Michael Sandel califica como *contem-poránea* ya que se acentúa «el derecho a implicarse en ciertas conductas sin restricciones gubernamentales», frente a la versión *tradicional* centrada en «el derecho a mantener alejados ciertos hechos personales del escrutinio público» (1994, 112). Como reconoce el propio Sandel, la versión contemporánea es la que últimamente aplica el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Las dos sentencias más destacadas son la del asunto *Eisenstadt vs. Baird*, donde se estableció por primera vez que el derecho de privacidad protegía la libertad de involucrarse en ciertas actividades sin restricción gubernamental, y la del asunto *Roe vs. Wade*, donde se estableció que el derecho de privacidad incluía el derecho a realizar cierta clase de elecciones sin interferencia estatal (1994, 114-115).

tenido esencial del derecho a la privacidad que lo hace irrecognocible (Cfr. 1965, 19). Por último, Devlin señala que el cuarto principio debe entenderse como una guía a la hora de trasponer las obligaciones morales porque no todas pueden serlo. El Derecho es sólo un instrumento para imponer un castigo si las personas no se comportan de una determinada manera, por lo que «es prudente, antes de usarlo, considerar las herramientas que pueden ser útiles y la maquinaria que las hace funcionar». Así, señala Devlin, en aquellos asuntos de inmoralidad sexual que vayan a trasponerse, debe decidirse qué instrumentos jurídicos (multas, privación de libertad) van a ser más útiles para perseguirlos (1965, 20).

A estas tres preguntas añade una cuarta, pues es consciente de no haber resuelto la cuestión de quién debe establecer lo que es lícito o ilícito, moral o inmoral. Patrick Devlin sostiene que la fuente de la inmoralidad no puede encontrarse ni en las enseñanzas de la religión cristiana, porque «el derecho no puede por más tiempo basarse en doctrinas que los ciudadanos tienen derecho a no creer» (1965, 5), ni en un simple criterio mayoritario que consista en *contar cabezas* (1965, 15), de ahí que sea necesario encontrar otra fuente. Devlin afirma que esta otra fuente existe y se ha ido construyendo a lo largo de los años en la práctica cotidiana del Derecho inglés: el *hombre del autobús de Clapham*, quien con su recto entender y sentimiento establecerá qué es lo moral y lo inmoral en una sociedad. «La inmoralidad entonces, a los efectos del Derecho, es lo que toda persona de recto entender se presume que considera que es inmoral» (1965, 15). Este *hombre del autobús de Clapham* es la persona razonable (*reasonable man*) y Devlin se apresura a diferenciarla de la persona racional (*ratio-nal man*) porque «no se espera que razone [sino que] su juicio puede ser en gran parte una cuestión de sentimiento» (1965, 15). Devlin defiende que este tipo de sentimiento, la indignación o el disgusto, constituye una razón suficiente para limitar la libertad individual de elección, y afirma que estas

cuestiones «no se determinan mediante argumentos racionales [sino que] todo juicio moral, salvo que se invoque una fuente divina, simplemente es el sentimiento de que ningún hombre de recto entender podría comportarse de otra forma sin admitir que estaba actuando mal». Y remacha con lo que sigue, «el poder del sentido común y no el poder de la razón es lo que está detrás de los juicios que hace la sociedad» (1965, 17)¹².

Esta persona razonable se identificaría con todas y cada una de las personas que formarían parte de un jurado popular (Devlin, 1965, 15 y 90) y al ubicarlo en un jurado aparecen tres aspectos que, según Devlin, son sumamente importantes para entender la imposición legal de la moralidad (1965, 21). El primero es que «el veredicto de un jurado tiene que ser unánime», lo cual significa que sólo puede imponerse legalmente aquel principio moral que doce hombres y mujeres elegidos al azar en una comunidad no sólo aprueben sino que consideren tan seria su vulneración como para merecer un castigo (1965, 90). El segundo aspecto es que las personas que forman parte de un jurado popular «no dan una opinión precipitada sino que emiten su veredicto después de argumentar y deliberar» (1965, 90). El tercer aspecto que, según Devlin, es muy importante para explicar cómo actúa la persona razonable es que «el estrado es un lugar en el que las opiniones morales del

¹² Cfr. las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos *Dudgeon* (1981) y *Müller* (1988) en las que se utiliza el criterio del «hombre razonable» para explicar ciertas decisiones adoptadas por los Estados que limitaban los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

¹³ Se sobreentiende que el tipo de argumentación y deliberación no es la misma que manejaría una *persona racional* aunque Devlin no ahonda en este tema más que para decir que «antes de que la sociedad pueda colocar una práctica más allá del límite de la tolerancia, tiene que haber un juicio reflexivo para determinar si la práctica es perjudicial para la sociedad» (1965, 17), y que no van a formularse principios generales sino que van a producirse juicios particulares para cada caso (1965, 21).

hombre ordinario se vuelven directamente eficaces» (1965, 90). Estos aspectos, y en especial el primero, conceden, según Devlin, «un tipo de veto sobre la imposición de la moralidad» (1965, 91) porque si no se alcanza la unanimidad, si la intensidad del rechazo no es lo suficientemente grave, no podrá imponerse legalmente el principio moral.

Así, lo inmoral, a efectos de traducirlo en normas jurídicas, es lo que se presume que cualquier persona razonable considerará como inmoral; y como toda inmoralidad, según Devlin, puede llegar a afectar a la identidad de la sociedad, el Derecho encuentra el fundamento de su actuación. De esta forma, en la tesis de Devlin el Derecho protege a la sociedad *qua* sociedad pues «la trasgresión de determinados comportamientos no debe entenderse como una agresión personal contra las posibles víctimas, sino como una conducta que produce un daño social» (De Páramo, 1994, 574). Las respuestas que ofrece Devlin abren la puerta a toda una serie de normas que prohíban comportamientos simplemente por el hecho de ser inmorales o pecaminosos según la moralidad positiva¹⁴.

3. La respuesta de H.L.A. Hart

Cuando H.L.A. Hart analiza la postura de Patrick Devlin señala ciertos puntos de similitud con la postura que defendió James Fitzjames Stephen en su obra de 1874 titulada *Liberty, Equality and Fraternity*¹⁵ aunque afirma que la primera es más

¹⁴ Cabe mencionar, entre otros, la homosexualidad, la prostitución, el rechazo de tratamientos médicos por motivos religiosos, la maternidad vicaria o por subrogación, la investigación con células troncales embrionarias, la pornografía, la venta de órganos humanos no indispensables, la eutanasia activa directa, y la interrupción voluntaria del embarazo.

El propio Patrick Devlin se hace eco de tal coincidencia cuando en 1965 publica una serie de trabajos que conforman su libro *The Enforce-*

moderada que la segunda, a la que califica como extrema (2006, 136). Hart señala que la postura de Patrick Devlin es moderada porque sostiene que la razón última que justifica la imposición de la moral social es el daño que indefectiblemente se causará a la sociedad. Como ya se ha señalado, Devlin piensa que cualquier acto inmoral es un atentado contra el principio del daño pues «aunque un acto de inmoralidad pueda no dañar o poner en peligro o corromper a otro ni, por hacerse en privado, escandalizar ni ofender a otros» se seguiría produciendo el daño a la sociedad *qua* sociedad porque supondría una amenaza para los principios e instituciones básicas en que se cimienta la sociedad. Así, cuando se viola un principio moral se produce una ofensa contra la sociedad (Hart, 2006, 136-137)". Por el contrario sostiene que la tesis de James

ment of Moráis, empezando por la *Maccabaeen Lecture* de 1959 ante la Academia Británica que en el libro se titula «Moráis and the Criminal Law» pero fue publicada en el volumen 45 de los *Proceedings of the British Academy* con el título «The Enforcement of Moráis». Así, en el prefacio escrito en 1965 puede leerse, «No conocía por entonces [1959] que este tema ya lo había trabajado Stephen», y posteriormente, en un trabajo titulado «Moráis and Contemporary Social Reality» que se recoge en el libro como último capítulo y que era una conferencia sobre Derecho y moralidad que impartió en Cumberland Lodge, Windsor, el 20 de abril de 1964, en un tono muy ácido dice, «Stephen y yo difícilmente podemos reclamar un estatus doctrinal, pero se han fijado en nosotros porque, como el profesor Hart dijo, «aunque sus argumentos en algunos puntos son confusos, ciertamente se merecen el cumplimiento de la oposición racional»» (1965, 124).

Joel Feinberg, en un principio, ubica a Patrick Devlin en el *mora-Homo legal impuro en sentido estricto* pero, como ya he advertido, tiene que reconocer que dicha etiqueta puede ser inconveniente ya que la inmoralidad del comportamiento no es inherente sino que deriva del hecho de contravenir la moralidad social. Feinberg trata de resolver este problema señalando que el carácter estricto de la tesis de Devlin dependerá de cómo se interprete el criterio del *hombre del autobús de Clapham* (Cfr. 1990, 137-140). El propio Hart advierte la ambivalencia de la tesis Devlin porque la afirmación de que la inmoralidad pone en peligro o debilita la socie-

Fitzjames Stephen es extrema porque la razón última que justifica la imposición de la inmoralidad no es el principio daño sino la inmoralidad del acto en si misma. «La imposición de la moralidad se entiende como algo valioso, incluso si los actos inmorales no dañan a nadie directamente, o indirectamente al debilitar el cemento moral de la sociedad» (Hart, 2006, 137)¹⁷. La fórmula que propone Hart para diferenciar una de la otra contiene dos preguntas: (i) ¿daña a alguien el acto con independencia de su repercusión sobre la moralidad compartida de la sociedad?; (ii) ¿afecta este acto a la moralidad compartida y por ello se debilita la sociedad? En su opinión, «la tesis moderada exige, si el castigo ha de estar justificado, una respuesta afirmativa al menos a la segunda pregunta. La tesis extrema no exige una respuesta afirmativa a ninguna de ellas» (2006, 137-138).

Las consecuencias sociales, jurídicas y políticas que puede tener una postura como la que defienden Devlin y Stephen determinaron que H.L.A. Hart reaccionase en contra ya que «del hecho de que la sociedad condene moral mente determinadas conductas no se deriva la justificación de su prohibición» (De Páramo, 1994, 573) y, en su opinión, defender que todos los elementos de la moralidad positiva deben traducirse en normas penales suponía menoscabar el valor de la libertad individual (Cfr. Ten, 1969, 656). El *hombre del autobús de Clapham* sería capaz, haciendo uso de su recto entender y sentimiento, de legitimar aquellas normas jurídicas que prohibiesen todos aquellos comportamientos realizados por un grupo social minoritario, una comunidad intencional o un grupo culturalmente diferenciado simplemente porque los considerase

dad no siempre es una verdad empírica sino que a veces es una verdad necesaria (2006, 138).

¹⁷ Joel Feinberg señala que algunos pasajes del libro de Stephen permiten calificarlo como *moralista legal puro en sentido estricto* (1990, 133).

inmorales o indecentes. No se pararía a pensar si el comportamiento que prohíbe afecta a terceras personas, si las personas involucradas son adultas y han consentido, si el lugar en el que se realiza era público o privado. Simplemente lo prohibiría para defender un determinado modelo de sociedad identificado con una cierta moralidad positiva¹⁸. La reacción de Hart, deudora de la tesis de John Stuart Mili, se basa en que ciertos comportamientos realizados en privado por personas adultas que consienten (acciones autoreferentes) no subvierten el orden público y no suponen una *traición*, por lo que el Derecho no debería regularlos más allá del simple permiso *débil*¹⁹. Como dice Thomas Nagel, «si nos abstenemos de imponer cualquier postura moral en estos asuntos, se obtiene el mismo efecto que se tendría si la ley permitiese cualquier cosa que las personas elijan hacer en estos asuntos» (1994, 74)²⁰. Es cierto que el comportamiento que dos personas pue-

¹⁸ A pesar de lo inaceptable de su tesis, es lógico que los moralistas como Patrick Devlin tengan miedo porque, como señalan Benjamín Zablocki y Rosabeth Kanter, la aparición de planes de vida o proyectos de florecimiento humano en comunidades intencionales o grupos culturalmente diferenciados es «un fenómeno asociado con la ruptura de una tradición cultural global y ocurre antes de la aparición de una nueva cultura» (1976, 282). De forma similar, Hart reconoce que «el disolvente real de la moralidad social (...) no es el fracaso del Derecho a la hora de refrendar las restricciones con el castigo legal, sino la discusión crítica libre» (2006, 153).

¹⁹ Cfr. Ramos Pascua, 1988, 465 para encontrar una tesis contraria: «Resta un problema por resolver. El de qué debería hacerse con aquellas prácticas inmorales que causan daños inferiores a los que provocaría su represión mediante el Derecho (...) no estaría justificada su persecución jurídica. Pero creemos que tampoco sería deseable concederles, a través de su plena autorización, una especie de patente de corso, que se apoyaría en la tendencia natural a creer que la inmoralidad no perseguida por el Derecho estaría de algún modo legitimada y tutelada por el».

Patrick Devlin confirma la necesidad de que la imposición de los principios morales se haga mediante una legislación positiva, esto es, dic-

den hacer en privado *puede afectar* a terceras personas o al resto de la sociedad, porque, como sentenció Mili, «no somos islas», pero hay que evaluar qué tipo de afectación es, su gravedad y si es preciso controlarla.

La oposición de H.L.A Hart a las tesis del moralismo legal, ya sea en su versión moderada o extrema, se pueden concentrar en bloques temáticos. En el primero Hart niega la existencia de una única moral social, se opone a su imposición coactiva porque su preservación no es algo bueno en sí mismo, y rechaza que la sociedad pueda definirse en función de una serie de valores morales; en el segundo niega que la violación de algunas de las normas de la moral social puedan dañar a terceras personas o destruir la sociedad; en el tercero limita el uso del Derecho por el daño que puede causar; y en el cuarto destaca los perjuicios que se causan a la propia idea de moralidad (Cfr. Ramos Pascua, 1988, 451). Veamos qué significa cada uno de ellos.

Hart, en primer lugar, admite la existencia de una moralidad común, formada por unos valores *formales* (el contenido mínimo del Derecho natural), que es esencial para la sociedad y que debe preservarse mediante la imposición coactiva pero, aunque admita que ese mínimo consenso moral es necesario para la pervivencia de toda comunidad y que debe estar garantizado mediante el uso del Derecho porque deriva del principio del daño (Cfr. Feinberg, 1990, 44-45), niega que pueda incluirse un conjunto de normas y principios morales *materiales* que constituyan un estilo de vida distintivo (Hart, 2006, 155-156; 2001, 258). Es cierto que las personas pueden y deben compartir una serie de creencias morales para que su unión sea algo más que un simple agregado de personas, para

táñelo normas jurídica, cuando afirma que «en los asuntos de moralidad, la legislación negativa es especialmente difícil porque la relajación se entiende que implica aprobación» (1965, 99).

que a través del compromiso se constituya una sociedad o comunidad, pero no puede pretenderse que dicho compromiso se extienda a todas las creencias morales, en especial a aquellas que definen planes de vida o proyectos de florecimiento humano. De ese modo Hart también niega que la moral social sea única, que pueda asemejarse a una *tela de una sola pieza*, lo cual supone, a su vez, que todas las normas morales tengan la misma trascendencia para la sociedad²¹. Si esto fuera así, si el contenido mínimo del Derecho natural incluyese un modelo de vida distintivo y la moral social fuese única, entonces sería cierto que un mínimo rasguño en la tela, esto es, un ligero cambio en la moral positiva de la sociedad, supondría su destrucción. Hart admite que alguna de esas normas morales sociales pueda ser aceptada de manera mayoritaria y pueda llamársele *moral positiva*, pero reconoce que junto a ella existe una *moral crítica*, esto es, unos «principios morales generales usados en la crítica de las instituciones sociales, entre las que se incluía la moral positiva» (Hart, 2006, 113). En su opinión, en una sociedad como la inglesa o la norteamericana de los años sesenta-setenta coexisten varias morales sociales, pudiendo ser alguna mayoritaria, que divergen en el modo en que tratan algunos temas, en especial los relacionados con la sexualidad. Reconoce que la pluralidad moral y los cambios sociales que pueden darse en la moralidad positiva, gracias a la acción

²¹ Es interesante la postura que sostiene Gerald Postema ya que, aun enfrentándose a la tesis conservadora del moralismo legal globalista, defiende que «una comunidad tiene el derecho de promulgar e imponer su moralidad pública en la medida en que sea necesario mantener la integridad de la vida moral de esa comunidad. Este derecho descansa en el hecho de que la integridad de la vida moral de una comunidad es un bien público especialmente importante, en el que sus miembros tienen un interés especial, el cual, por ser un bien *público*, a menudo sólo puede protegerse mediante los instrumentos esencialmente públicos que provee el Derecho»: (1994,87).

de la moralidad crítica, no entrañan un riesgo ni para la existencia de la sociedad ni para su mantenimiento.

Aún reconociendo la dificultad de establecer con precisión los contenidos de la moralidad comúnmente compartida en una sociedad, fuera aparte los problemas propios de la noción de contenido mínimo del Derecho natural (Málem, 1996, 53), Hart exige que los puntos de vista morales de carácter material sean sometidos a un escrutinio racional para evitar que se incluya cualquier tipo de contenido y para evitar la afectación ilegítima por parte del Estado en los derechos de las personas (*vid.* Ramos Pascua, 1988, 454-455; Laporta, 1993, 50; Pérez Triviño, 1995, 487-488; Málem, 1996, 49). De ahí que si el argumento *ia* acción *x* es inmoral y su comisión debe ser un delito' quiere tener alguna plausibilidad, tiene que determinarse haciendo referencia a un principio moral crítico u objetivamente correcto (Cfr. Feinberg, 1990, 141). El fomento que hace Hart del uso de la razón a la hora de guiar los asuntos humanos se basa en una determinada antropología que hunde sus raíces en las tesis del pensamiento liberal sobre la falibilidad humana. De esta forma una persona «puede violar una regla moral mayoritariamente aceptada no porque sea demasiado débil para refrenarse respecto de una acción que sabe que es incorrecta, sino porque no cree que en asuntos que dependen mucho de diferentes gustos individuales, personalidades y concepciones de la felicidad humana, y donde no se daña a terceras personas, no hay un único modo de comportamiento que es correcto» (Ten, 1969, 650).

En segundo lugar, sólo podrá producirse la trasposición de los casos en que pueda demostrarse una afectación relevante en los derechos y libertades de terceras personas, mientras que en el resto de los casos no podrá producirse dicha trasposición²².

Un caso singular lo suponen los *chinos públicos* que se causan a la sociedad en delitos tales como evasión de impuestos o perjurio ya que en

De tal manera que sólo estaría justificada la intervención del Estado en un determinado comportamiento cuando se den suficientes evidencias fácticas de que se ha producido un daño o una ofensa. Según Hart, los moralistas no muestran ninguna de las evidencias que apoyarían la tesis de la desintegración social y, en su opinión, «si la existencia continuada de una sociedad significaba vivir según un específico código moral compartido, entonces la preservación de un código moral es necesario lógicamente pero no necesario casual o contingentemente para la existencia continuada de la sociedad» (2003, 250). Hart remacha el argumento diciendo que «una sociedad, en el sentido de una forma o tipo de vida social puede cambiar, desaparecer o ser sucedida sin que ocurra ninguna fenómeno descri-bible como 'desintegración' (2003, 251). Así trata de demostrar que las violaciones de la moral positiva no siempre causan daños relevantes a otros, limitando sus derechos y libertades básicas, o ponen en peligro la estabilidad e integridad de la sociedad. De esta forma Hart señala que no se destruye la sociedad cada vez que se produce un ligero cambio en la opinión prevalente sobre un determinado tema moral, de ahí que haya que diferenciar entre 'cambio social' o 'evolución de la sociedad' y 'destrucción de la sociedad' o 'extinción de la sociedad' (Cfr. George, 1995, 61; Feinberg, 1990, 73)²³. Se desestima,

esos delitos «no es inmediatamente evidente que nadie pueda reclamar que sus propios derechos han sido violados cada vez que una persona causa un daño público» (Cfr. Feinberg, 1990, 33).

Robert Cicorgc señala que ni tan siquiera las sociedades occidentales son la evidencia empírica de la tesis de la desintegración por los cambios que se han producido en la moral sexual. «Ninguna de esas sociedades se ha desintegrado, si se define 'desintegración' como la ruptura del orden social. De esta forma Hart bien podría argüir que la tesis de Devlin ha sido falseada» (1995, 64). Joel Feinberg, por su parte, señala que allí donde haya cambios tecnológicos, no se mantenga un aislamiento geográfico y no se tengan severos controles totalitarios, el cambio cultural, en su sentido más amplio, será un nrr

por lo tanto, la tesis de Ja desintegración²⁴. Como señala Ramos Pascua, «lo que Hart no se halla dispuesto a reconocer es que el respeto a la denominada moral privada [*sic*] sea tan esencial para el mantenimiento de Ja sociedad que la violación de [cualquiera de] sus principios ponga en peligro su propia existencia» (1988, 458). Si se admitiese la tesis de Devlin que sostiene que cualquier acción inmoral podría provocar la desintegración de la sociedad, se estaría negando cualquier valor o peso a la idea de libertad pues «el derecho prima facie para legislar contra la inmoralidad como tal y la libertad individual en el área de la moral se anulan mutuamente. Uno u otra deben ceder, y para Devlin la libertad es la que cede» (Ten, 1969, 656). Como señala Ronald Dworkin, «cuando se confirma la fiebre, cuando la intolerancia, la indignación y el disgusto son genuinos, el principio que reclama 'la máxima libertad individual que sea compatible con la integridad de la sociedad' ya no se aplica más» (1971, 58).

No obstante lo anterior, Hart no niega que la sociedad tenga derecho a pronunciarse en los asuntos de la moralidad juzgando como buenos o malos ciertos comportamientos. No niega tal derecho porque, como veremos, Hart no defiende la indiferencia moral (2006, 159). Hart niega el derecho de la sociedad a usar el Derecho penal para castigar todos esos comportamientos. Propone, en su lugar, un criterio más restrictivo que sólo permita criminalizar esos comportamientos cuando feha-

²⁴ Es interesante resaltar que H.L.A. Hart no llega a desestimar la tesis de la conservación ya que defender que la sociedad tiene derecho a conservar su moralidad porque se considere que es valiosa en sí misma no requiere una evidencia empírica (Gorge, 1995, 62). De ahí que el propio Hart diga a las personas que apoyan la imposición de la moralidad que harían mejor si basasen su postura en la tesis de la conservación más que en la tesis de la desintegración (2003, 262), aunque como dice Robert George, «parece improbable que Devlin tuviera la intención de basar su postura en la tesis de la conservación» (1995, 62).

cientemente se demuestra la existencia de un daño o una ofensa en sentido normativo (*harm as a wrong*), pues en ese caso se produce una violación de los derechos de otra persona, pero no la permite cuando exista un daño u ofensa en sentido no-normativo (*harm as a setback to interest*), pues en ese caso sólo se produce un contratiempo en los intereses de una persona. En estos últimos casos la sociedad puede reaccionar con sanciones no jurídicas como la discusión, el consejo, el argumento, y «puede evitarse su compañía y prevenir a otros contra él» (2006, 160).

Lo anterior muestra que, en tercer lugar, Hart objeta contra el uso indiscriminado del Derecho, en especial del penal, para interferir en la vida de las personas y en los asuntos sociales pues es consciente de que «aun en el supuesto de que la inmoralidad privada produjese alguno de los daños que se han alegado, tales daños serían siempre inferiores a los que produciría la irrupción compulsiva del Derecho en la vida humana» (Ramos Pascua, 1988, 461). Aunque se reconozca que el Derecho penal tiene una clara función moral, empezando por el propio principio del daño y siguiendo con el carácter reprobatorio que tienen las sanciones penales (Feinberg, 1990, 13), es necesario justificar su uso porque el principio del daño así lo exige al suponer una limitación de la libertad de las personas, de su propiedad, de su derecho a la vida (Hart, 2006, 113). Aunque se defiende, como lo hace Gerald Dworkin, que la razón que justifica la imposición está implícita en el propio concepto de norma moral (pues si una acción se considera que es incorrecta, entonces existe una razón, conclusiva o no, para no hacerlo y una razón, conclusiva o no, para desalentar su realización) no puede concluirse lógicamente que puede usarse el Derecho penal ya que «el paso de 'incorrecto' a 'sujeto a interferencia' requiere argumentación adicional» debido a que hay ámbitos de autonomía en los que consideramos que la propia interferencia es, a su vez, ilegítima incluso si las acciones sobre las que se interfiere son consideradas incorrectas y no deberían realizarse (1998-99, 943-944).

Así, en este punto, cobran especial importancia las tesis utilitaristas que exigen que cualquier imposición de un castigo deba justificarse con el fin de demostrar que trata de evitar un sufrimiento mayor, con lo cual se promovería la felicidad (Ten, 1969, 653; Feinberg, 1990, 67)²⁵. De esta forma Hart se preocupa por saber qué razones justifican la intervención del Estado en la vida de las personas y qué razones deben descartarse. El problema que plantea el moralismo legal con respecto a las exigencias utilitaristas es que «no todas las acciones que son consideradas por la mayoría como inmorales necesariamente causan un grado apreciable de sufrimiento, mientras que criminalizarlas y castigar a los trasgresores por ello sin duda alguna sí genera cierto grado de miseria humana» (Ten, 1969, 653)²⁶.

Por otro lado, Hart señala que es muy difícil teóricamente justificar el castigo en los casos en que no se produce un *harm as a wrong*, esto es, aquellos casos en que no hay un daño en sentido normativo y nadie puede considerarse que es víctima. Normalmente se acude a la teoría de la retribución que no justifica el castigo por las consecuencias beneficiosas que tiene para la sociedad «sino que el dolor es la retribución moralmente apropiada o 'correcta' por el mal moral hecho». Hart denuncia que «una teoría que no intente justificar el castigo por su resultado, sino simplemente por la iniquidad del mismo, no hay duda de que es más plausible, y quizás sólo inteligible, cuando el delito ha dañado a otros y hay tanto un malhechor como una víctima» (2006, 146). Como recalca Joel Feinberg, existe un conflicto irresoluble entre el moralismo legal y la

²⁵ Gerald Dworkin cuestiona la adecuación de las tesis utilitaristas para oponerse al moralismo legal (1990, IX4-189).

²⁶ No obstante, C.L. Ten es consciente de que James Fitzjames Stephen también era un autor adscrito al utilitarismo y que usaba esta tesis para justificar el castigo legal de aquellas acciones que fueran inmorales (1969, 654-655).

teoría retribucionista del castigo pues la primera permite que se castigue los delitos sin víctimas y la segunda exige que para que haya retribución tiene que haber una víctima (1990, 158). Además, en los casos en que no hay víctimas, Hart piensa que el castigo es «algo desagradablemente cercano al sacrificio humano» (2006, 151).

Además, según Hart, los autores moralistas afectarían al principio de legalidad penal que exige que las normas penales que tipifican delitos eviten cualquier tipo de vaguedad e incertidumbre. En este sentido, H.L.A. Hart señala que los defensores del moralismo legal no definen meticulosamente los elementos de los tipos delictivos (2006, 106). En el mismo sentido, A.R. Louch recalca que el incumplimiento de los requisitos del principio de legalidad «priva a las personas de la posibilidad de conocer la naturaleza precisa del cargo contra ella, las somete a legislación *ex post facto*, y habilita a la policía para que use prácticas de investigación totalmente nefandas» (1971, 75).

El moralismo legal, en cuarto lugar, afecta a la misma idea de moralidad porque, según Hart, «la atribución de valor al simple comportamiento conformista, abstrayendo el motivo y las consecuencias, no pertenece a la moralidad sino al tabú (...) lo que es valioso (...) es la restricción *voluntaria*, no la sumisión a la coerción, que parece vacía de valor moral». Y añade, «hay muy poca evidencia que apoye la idea de que la moralidad se enseña mejor con el miedo al castigo legal. La mayor parte de la moralidad se enseña y se mantiene sin ese miedo, y donde la moralidad se enseña haciendo uso del miedo existe el peligro permanente de que el miedo al castigo pueda quedar como el único motivo de la conformidad» (2006, 145). Por esto, «resulta incomprensible el deseo de conseguir conformidad con la moral aunque sea por la fuerza; cuando en realidad, desde el punto de vista de la moral es valiosa únicamente la abstención voluntaria de la inmoralidad, y no la abstención motivada por miedo al castigo» (Ramos Pascua, 1988,

462; Cfr. De Páramo, 1994, 577)²⁷. Francisco Laporta acude a la *teoría de la doble valoración moral* para criticar la juridificación de ciertos comportamientos que consituyen obligaciones morales. Al respecto señala que «tenemos que pronunciarnos separadamente sobre la moralidad de la acción (...) y sobre la moralidad de su incorporación al derecho» (1993, 100).

Como señala C.L. Ten, la tesis de Hart recogería en este punto la diferencia que propone Locke entre crimen y pecado: al magistrado civil no le corresponde castigar aquellas acciones que son pecados contra Dios ya que los hombres no pueden ser salvados del pecado mediante el uso de la fuerza en sus cuerpos sino sólo mediante persuasión de la mente (Cfr. 1969, 650). Judith Shklar insiste en este punto cuando sostiene que el Derecho sólo puede imponer una parte mínima de la moralidad social y que el acto genuinamente moral no puede imponerse legalmente por la fuente de la que emana su validez. Eso hace que ni el pecado ni la inmoralidad puedan castigarse jurídicamente, aunque reconoce que en el caso de la inmoralidad la objeción no es absoluta sino más bien prudencial (1986, 46-47). De ese modo se corrobora que el cumplimiento de las normas morales no se realiza sólo mediante la adaptación del comportamiento externo a las mismas sino que requieren adhesión interna al mandato. Esta diferencia hace que «la imposición a individuos de las reglas de comportamiento mayoritariamente aceptadas en una sociedad simplemente porque la sociedad sostiene con fuerza su corrección, no haría a esos individuos mejores personas debido a que las reglas no se aceptan voluntariamente» (Ten, 1969, 652). De ahí que se exija que las normas morales deban pasar por el filtro de la adhesión

Basil Mitchell, por el contrario, señala que una función del castigo es reforzar la moralidad, lo cual se consigue ayudando a mantener la práctica voluntaria de la moralidad compartida en la sociedad ya que hay personas que sólo ajustan su comportamiento a una regla moral porque está mayoritariamente aceptada y no lo harían si vieran que los que se desvían no son castigados (1967, 72).

y de la aceptabilidad racional tanto para ser aceptadas por los individuos como para ser impuestas a través del Derecho. En este sentido, C.L. Ten recalca que «en el debate actual sobre la imposición legal de la moralidad, la importancia de una aceptación voluntaria de las reglas morales no ha sido explícitamente rechazada aunque puede que haya sido olvidada (1969, 652).

Llegados a este punto es posible señalar dos aspectos. El primero es que una diferencia entre H.L.A. Hart y los defensores del moralismo legal es que estos últimos afirmarían que el hecho de que una acción sea mayoritariamente considerada como inmoral es tanto una *buena razón* cuanto una *razón suficiente* para criminalizarla, mientras que ningún liberal podría admitir que es una razón suficiente (Cfr. Ten, 1969, 648-649). Como señala Lawrence Becker, «si alguien desea reservar el término 'moral' para la parte de normas más importante dentro de la clase más restrictiva desde el plano normativo, entonces supongo que es plausible que pueda pensar que *todas* las normas morales son *al menos* candidatas para las sanciones criminales. Si alguien adopta una postura más tradicional, más amplia de las normas morales, parecerá absurdo pensar que el simple estatuto moral las convierte en candidatas para la imposición mediante el Derecho penal» (1998-99, 962). En este sentido, Gerald Postema señala que «los liberales y sus críticos conservadores están de acuerdo en que la sociedad tiene derecho, al menos en algunos casos, a imponer la moralidad. También están de acuerdo en que existe algo así como la moralidad pública. El tema en el que discrepan es en cómo hay que entender la naturaleza, fuerza y, en especial, los *límites* de la moralidad pública» (1994, 77). El segundo aspecto es que la tesis de Hart no es, en general, una propuesta teórica tendente a «desmoralizar» el Derecho sino a «deslegalizar» la moral» ya que «del hecho de que una moralidad sea positiva no se deduce que sea una moralidad correcta o valiosa, y por tanto su positividad no nos sirve para fundamentar el contenido y el alcance de las leyes» (Laporta, 1993, 46 y 52). De ahí que el enfrentamiento entre Hart y Devlin no se deba a que alguno de los dos niegue que la socie-

dad tiene derecho a expresar su opinión en asuntos de moralidad, lo cual constituye la moral positiva, sino a la traducción jurídica que debe tener dicha expresión (Cfr. Feinberg, 1990, 135). La existencia de esa moral positiva y, como ya se ha señalado, la existencia de una conexión entre el Derecho y la moralidad, abren las puertas a la cuestión de qué valores morales pueden imponerse a través del Derecho. En este punto Hart es categórico pues no admite que los sentimientos morales, o en palabras de Devlin, las reacciones de intolerancia, indignación y repugnancia, puedan tener una trasposición jurídica inmediata.

En otro orden de cosas, Hart critica el abuso de los ejemplos que hace Devlin pues no ilustran si no que distorsionan la argumentación pues tratan de confundir, principalmente a aquellas personas que «desearían alinearse con Mili y protestar contra el uso del Derecho penal para castigar comportamientos simplemente porque ofenden a la moralidad positiva [pero que] podrían vacilar o rechazar que se desechen las normas concretas del Derecho penal que estos autores mencionan como ejemplos» (2006, 120)²⁸. En este sentido, no puede compararse que una persona voluntariamente se emborrache en su casa con una sociedad en la que la mitad de la población voluntariamente se emborracha en sus casas. No son dos ejemplos equivalentes ya que en este caso, a diferencia de otros, los números sí cuentan

Joel Feinberg señala que una de las características propias del moralista legal, en especial de aquel que *es puro en sentido estricto*, es el uso imaginativo que hace de los ejemplos; aunque reconoce que algunos casos, como el que propone Irving Kristol en el artículo «Homography, obscenity and the case for censorship», publicado en *The New York Times Magazine* el día 28 de marzo de 1971, pueden poner en serios aprietos a los defensores del principio del daño que no defiendan la plausibilidad del paternalismo jurídico (Cfr. 1990, 126-133). Curiosamente, el mal uso que se hace de los ejemplos con los que se ilustra la teoría suele ser una crítica bastante extendida, incluso entre los defensores de una misma postura, como lo demuestra la crítica que Gerald Dworkin dirige a Joel Feinberg (1998-99, 937).

a la hora de justificar la intromisión del Estado en la vida de las personas (Cfr. Ten, 1969, 657) y, además, las actividades que pueden tener ese efecto desastroso en la sociedad no son sólo aquellas que violan la moralidad mayoritariamente compartida sino que pueden tener los mismos efectos actividades que no suponen tal violación, como puede ser que la mitad de la población sea célibe (Cfr. Ten, 1972, 323).

En segundo lugar, el moralismo legal, como hemos visto, apela a la utilización del Derecho para imponer una determinada moralidad positiva. En especial hará uso de las normas jurídicas penales porque son el caso paradigmático en el que la sanción está presente no sólo como un instrumento para conseguir su eficacia sino también como el contenido de la misma, tal y como sugería Hans Kelsen, pero no debe olvidarse que dicha imposición de la moralidad igualmente es posible mediante normas jurídicas administrativas y civiles. H.L.A. Hart denuncia precisamente este tipo de imposición cuando advierte que junto a los tipos de imposición que consisten en la coerción y en el castigo, «existen otros que es importante no pasar por alto al considerar el uso legal de la 'fuerza'» (2006, 143) pues vendrían a tener los mismos efectos y su uso tendría un menor coste en términos de legitimidad y legitimación²⁹.

Un ejemplo actual de esto último es el que proporciona la regulación de las relaciones entre personas del mismo sexo en la inmensa mayoría de los países de la Unión Europea. Hasta que en España se aprobó la Ley 13/2005, de 1 de julio, *por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, en ningún país de la UE las parejas del mismo sexo podían legalmente contraer matrimonio en igualdad de condiciones que las parejas heterosexuales. Como era de esperar, en ninguno de los países de la UE se seguían manteniendo las normas penales que criminalizaban las relaciones homosexuales o lésbicas pero a estas personas se les negaban, y se les sigue negando, una serie de derechos que sí disfrutaban las personas heterosexuales. Estas normas no eran ni son de carácter penal sino civil y administrativo y muchas veces se justifican apelando a la moral social.

Por último, no basta, y Hart así lo reconoce, con que las normas jurídicas moralistas no se apliquen por los jueces y tribunales sino que deben derogarse ya que el hecho de que se mantengan en el Código Penal deja abierta la posibilidad de su aplicación. A tal efecto señalaba que aunque en los países donde seguía existiendo regulación penal de este tipo de comportamientos quizás la mayor parte de la legislación pueda ser considerada «letra muerta», esa situación no debería verse con complacencia porque «la existencia de leyes penales que generalmente no se aplican pone en manos de la policía y del Ministerio Fiscal unos poderes discriminatorios formidables» (2006, 119). No puede confiarse, por lo tanto, en que las normas jurídicas que prohíben este tipo de comportamientos pierdan su validez por *desuetudo* y no sean aplicadas por un tribunal, la fiscalía o las fuerzas de orden público cuando alguien las incumple¹⁰.

4. Entre el *paternalismo* jurídico y el *moralismo* legal

H.L.A. Hart critica duramente a Patrick Devlin por mantener una postura que le lleva a confundir el paternalismo jurídico, ya sea físico o moral, y el moralismo legal. La postura

Esto puede comprobarse en la sentencia del caso *Lawrence vs. Texas* ya que el Tribunal Supremo norteamericano es consciente de que no sólo el Código Penal de Texas sino que otros códigos penales de otros estados de la Unión también proscriben la sodomía, ya sea entre personas del mismo sexo o entre personas de diferente sexo, aunque «existe la pauta de no imposición con respecto a los adultos que consienten y que realizan la acción en privado». Esta situación no es admisible ya que, con independencia de que la norma penal no se imponga, el Tribunal sostiene que estigmatiza a las personas, afecta a la dignidad de la persona y abre la puerta a que se discrimine a los homosexuales tanto en el ámbito público como en el privado porque, aunque el delito de sodomía no sea considerado en el Código penal de Texas entre los *graves*, sigue siendo un comportamiento delictivo, figurará en los archivos policiales y tendrá que declararlo en sus solicitudes de empleo.

de Patrick Devlin se basa en que no puede sostenerse que el paternalismo jurídico sólo se extiende al bienestar físico de una persona (*short paternalism*) sino que, en su opinión, también debe alcanzar a su bienestar moral (*complete paternalism*) ya que tanto un bienestar como el otro hacen que las personas sean mejores y más felices (1965, 133). Además, afirma que existe una dificultad práctica a la hora de distinguir entre las medidas normativas que van destinadas a asegurar el bienestar físico y el bienestar moral ya que si una persona es incapaz de percibir sin ayuda cuál es su propio bienestar físico, tal y como sostiene Hart, es posible que también lo sea para juzgar cuál es su bienestar moral (1965, 135-136). Según Patrick Devlin, Hart acepta en *Law, Liberty and Morality* el *complete paternalism* ya que «nunca de forma expresa matizó el tipo de paternalismo que defendía y hay partes de su libro que sugieren que el paternalismo ha de ser del tipo más amplio» (1965, 134). Eliminado este punto de conflicto entre ambos, Devlin sospecha que lo que realmente pretende Hart es diferenciar entre moralismo legal y paternalismo, esto es, «entre el uso del Derecho para imponer la moralidad y el uso para forzar a un hombre a hacer aquello que es mejor para su propio bien moral» (1965, 133), lo cual es, en su opinión, inaceptable pues «si es difícil trazar una línea entre el paternalismo físico y el moral, es imposible trazar una con cierta trascendencia entre el paternalismo moral y la imposición del derecho moral» (1965, 136). Esto se debe a que «el derecho moral, es decir, la moralidad pública, es necesaria para el paternalismo pues de lo contrario sería imposible llegar a un juicio común sobre qué sería el bien moral de un hombre. Si la sociedad compele a un hombre a actuar a favor de su bien moral, está imponiendo el derecho moral» (1965, 136).

La postura de Hart se basa en la necesidad de diferenciar con absoluta claridad las diferentes posibilidades (afectación a terceros, paternalismo jurídico y moralismo legal) con el fin de que no se produzca un abuso por el uso de los ejemplos con los que

se trata de ilustrar cada una de las situaciones, induciendo de esa forma a las personas a pensar que es incoherente prohibir ciertos comportamientos y tratar de permitir otros (2006, 121). Esto lo hacía el propio Patrick Devlin cuando afirmaba que, como no era posible diferenciar a los homosexuales *pacíficos* de los homosexuales que pretendían corromper a la juventud, había que mantener las normas jurídicas penales que criminalizaba todo comportamiento homosexual (1965, v-vi); o que deberían legalizarse otros comportamientos que eran considerados como crímenes, tales como la eutanasia, el suicidio, el duelo, el aborto, el incesto entre hermanos, si el Derecho penal se reformaba para eliminar toda referencia a la moralidad social como justificación del castigo en ciertos delitos (1965, 7)³¹. Hart señala, echando mano de la tesis de Mili, que éste «podría haber protestado tanto contra una política paternalista que supusiese usar el Derecho para proteger a una víctima que consiente un daño físico como protestó contra las leyes que se usaban para imponer solamente la moralidad positiva; pero eso no significaba que esas dos políticas fuesen idénticas» (2006, 122). Así, mientras que Hart considera justificadas las intervenciones del Estado cuando se trata de la afectación a terceros porque «dañar a otros es algo que todavía puede tratar de prevenirse mediante el uso del Derecho Penal, incluso cuando las víctimas consientan o asistan en los actos que

³¹ Este argumento aparece en la sentencia del caso *Lawrence vs. Texas* cuando el juez O'Connor afirma que declarar inconstitucional la ley que prohíbe la sodomía entre personas del mismo sexo por afectar la cláusula de igual protección no pone en peligro otras normas jurídicas que diferencian entre heterosexuales y homosexuales, como puede ser la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo, ya que, en su opinión, pueden existir otras razones que lo justifiquen. Contrarios a esta opinión son el Presidente del Tribunal Supremo, Rehnquist, y los jueces Scalia y Thomas, pues en su opinión si se declara inconstitucional la mencionada ley, no pueden sostenerse racionalmente las prohibiciones que existen contra la bigamia, el matrimonio entre personas del mismo sexo, el incesto, la prostitución, la masturbación, el adulterio, la fornicación, el bestialismo y la obscenidad.

son perjudiciales para ellos» (2006, 124), y considera que «el paternalismo —la protección de las personas de ellas mismas— es una política perfectamente coherente» (2006, 123), para el moralismo no encuentra una justificación plausible ya que, en su opinión, incluso es preferible la desintegración que el mantenimiento de una sociedad en la que se limitasen los derechos de las minorías, ya sean raciales, sexuales o religiosas, o se admitiesen horribles torturas (2006, 112)³².

Una primera diferencia entre las normas jurídicas que tratan de prevenir el daño a otros y las normas jurídicas moralistas puede resumirse en quién es el sujeto protegido. En el primer caso se protege la vida o la integridad física o psíquica, o cualquier otro bien jurídico, de una persona concreta que probablemente se verá afectada, mientras que en el segundo caso se protege a la sociedad *qua* sociedad mediante la imposición de un principio moral. Otra diferencia entre ambas residen en la centralidad que tiene el principio *volenti non fit injuria* en las normas que tratan de prevenir el daño a otros. Como señala Joel Feinberg, «el principio del daño, mediado por la máxima *volenti*, protege la autonomía personal y el valor moral de 'respeto por las personas' que se asocia al mismo; incorpora principios no arbitrarios y principios de justicia que regulan la

C.L. Ten sostiene que sería posible acomodar la tesis de la desintegración dentro del principio de protección de la sociedad siempre y cuando la noción de daño que se emplee no sea los sentimientos de intolerancia, indignación y disgusto (1972, 325). Esta idea de C.L. Ten se comprende mejor si se interpreta a la luz de las funciones que los autores contractualistas asignaban al Estado. Esto es, si una determinada actividad afecta a terceros y el Estado no hace nada al respecto, estaría incumpliendo una de sus funciones básicas y la sociedad se desintegraría. Hart señala al respecto que «sólo tiene que ejecutarse el experimento hobbesiano de imaginar estas virtudes totalmente ausentes para comprobar que son vitales para el gobierno de cualquier forma cooperativa de vida humana y cualquier vida personal de éxito» (2006, 156).

competencia; 'impone' los principios morales que protegen los proyectos individuales que son necesarios para el desarrollo humano» (1990, 12). La tercera diferencia es, como señala Hart, que «la protección de los seres humanos contra el asesinato, la violencia u otras formas de daño es un bien, cualesquiera que sean los motivos por los que se induce a las personas para que se abstengan de realizar esos crímenes» (2006, 144). Por lo que respecta a la diferencia que existe con las normas jurídicas paternalistas, las normas jurídicas que protegen la inviolabilidad de la persona no son paternalistas desde el momento en que se logre demostrar que la acción cuya realización se prohíbe, dificulta u obstaculiza no daña de forma relevante y exclusiva al propio sujeto sino que puede haber terceras personas afectadas. La norma paternalista se dicta para evitar un daño al destinatario de la misma no para evitar daños a terceras personas, de ahí que «nuestra justificación es (o debería ser) que estamos impidiendo que hagan daño a otros o que violen sus derechos, no que estamos haciendo algo que es mejor para ellos» (Scoccia, 1990, 320)". La línea de demarcación entre las disposiciones normativas que prohíben acciones que dañan a terceras personas y las disposiciones normativas paternalistas puede trazarse indicando que «aunque ambas tratan de prevenir el daño, tratan de prevenirlo en diferentes personas» porque «el principio del daño requiere que la acción de

La única excepción a esta regla la constituye el *paternalismo indirecto*, esto es, aquellas normas jurídicas paternalistas que restringen la acción de una tercera persona para proteger el bienestar de otro. En esos casos la imposición de obligaciones a terceras personas se hace, como dice Amy Gutmann, para evitar un daño al considerado como incompetente básico (1980, 338-339). De igual forma, Carmen Iomas-Valiente señala que en el paternalismo indirecto, aunque es cierto que se interfiere la libertad de una tercera persona, y que incluso está sujeta a la coerción más directa, también se limita la libertad del individuo que tratan de proteger (1990, 435).

A cause daño en B» mientras que «el paternalismo requiere que la acción de A cause un daño en sí mismo» (Bayles, 1974, 176). Por último, aunque el paternalismo y el moralismo son conceptos próximos, Hart está en lo cierto cuando señala que es un grave error confundirlos (2006, 124) y señala que el propio John Stuart Mili «estaba al tanto de la diferencia entre ellas, pues al condenar la interferencia en la libertad individual, excepto para prevenir el daño a terceros, menciona los *diferentes* tipos de razones insuficientes que se han ofrecido para usar la coacción. Distingue 'porque será mejor para él' y 'porque le hará más feliz' de 'porque según la opinión de otros sería lo correcto'» (2006, 122)³⁴. De este modo, aunque Hart no ahonda más en la distinción, puede deducirse que las dos primeras razones se aplicarían al caso del paternalismo mientras que la tercera lo sería al del moralismo³⁵. Quien sí ahonda en esas diferencias es C.L. Ten, uno de los críticos de Hart más audaces, cuando señala que las diferencias entre moralismo legal y paternalismo jurídico, ya sea físico o moral, se pueden resumir en tres (1971, 63-65)³⁶. La primera diferencia es

³⁴ Patrick Devlin afirma que, sin querer ser impertinente, «el argumento del profesor Hart podría haber sido claro si hubiese dejado a Mili fuera. No gana nada citando a Mili como autoridad. Si está claro que Mili estaba equivocado en el teína del paternalismo, ¿por qué debería estar en lo cierto en el de la imposición de la moralidad? Liberado del íncubo de Mili, el profesor Hart sin duda alguna habría establecido, con sus propias palabras y con la precisión a la que nos tiene acostumbrados, su propia postura» (1965, 133). Rolf Sartorius también afirma que la lectura que Hart hace de las tesis de Mili en *Law, Liberty and Morality* es decepcionante, lo cual hace que Devlin tenga «un día de campo» (1971-72, 898).

³⁵ Patrick Devlin sostiene que la lectura de Mili que hace Hart está forzada ya que, en su opinión, «Mili establece sus razones de forma acumulativa y no de forma alternativa» (1965, 133).

³⁶ C.L. Ten añade al final de su trabajo una cuarta diferencia entre ambos basada en que la intervención paternalista no siempre acaba con una sanción, mientras que la intervención moralista necesariamente acaba

que el paternalismo protege a los individuos de acciones auto-dañosas cuando está presente alguno de los criterios para declarar la incompetencia básica, mientras que el moralismo supone interferir en el comportamiento de un individuo incluso cuando ninguno de esos criterios que afecta a la competencia está presente. Esto significa que las normas jurídicas paternalistas, al menos en su versión más *blanda*, sólo interfieren los comportamientos de las personas cuando éstas pueden ser consideradas como incompetentes básicos y la realización del comportamiento sobre el que se actúa puede producirle un daño grave e irreparable (Ramiro Aviles, 2006a, 225). En cambio, las normas jurídicas moralistas tratan de modificar los comportamientos de las personas aun cuando no exista ninguna causa de incompetencia, asemejándose de ese modo a la versión más *dura* del paternalismo jurídico (*vid.* Beauchamp, 1979). Esto supone que en ambos casos no se considere relevante la disimilitud que existe, por ejemplo, entre personas que son menores de edad y aquellas que están en edad adulta.

La segunda diferencia es que el paternalismo no sanciona la maldad moral del comportamiento de una persona, mientras que el moralismo tiene como objetivo a la persona que viola la moralidad aceptada en la sociedad. Esta diferencia se debe a que las normas jurídicas paternalistas no tratan de fijarse en *qué* se elige sino en *cómo* se ha formado la voluntad de las personas. Esto significa que los metacriterios para determinar la incompetencia básica, si quiero ser imparcial entre los distintos planes de vida o proyectos de florecimiento humano, no se formulan teniendo en cuenta el comportamiento que haya sido elegido sino atendiendo a los factores que pueden llegar a distorsionar el proceso de for-

con una pues siempre invoca la aplicación del Derecho penal (1971, 66). Esta diferencia también resulta interesante ya que, como he señalado en otro trabajo, el denominado *paternalismo criminal* debe estar especialmente justificado y no siempre es posible establecer una sanción (Ramiro Avi-

les, 2006a, 237).

mación de la voluntad de las personas. No importa que el comportamiento elegido sea valioso, peligroso, moral, inmoral o que pueda producirle un daño grave e irreparable sino que lo relevante es que la persona haya formado su voluntad de forma correcta (Ramiro Aviles, 2006a, 227). Por lo que respecta a la tercera diferencia, C.L. Ten señala que el paternalismo trata de proteger los intereses de las personas a las que se dirigen las medidas paternalistas, mientras que el moralismo apela a consideraciones más generales que tienen poco o nada que ver con los intereses de estas personas. Esta diferencia radica en que, en última instancia, el paternalismo no sólo trata de evitar un daño o procurar un bien a una persona concreta sino que intenta proteger su futura autonomía, eso que Gerald Dworkin ha llamado el *consentimiento orientado hacia el futuro* (1990a, 156). En cambio, las medidas moralistas tienen como objetivo el mantenimiento de un modelo concreto de sociedad que está ligado a una moralidad positiva³⁷. Por todo lo anterior, en el paternalismo es importante determinar la figura del incompetente básico para poder justificar correctamente la intervención normativa del Estado por el bien del sujeto, pues sólo él puede ser el destinatario de la medida normativa (Ramiro Aviles, 2006a, 224). Como apunta Dermis Thompson, fijándose en *cómo* se forma la voluntad del sujeto y no en *qué* se elige, «la justificación del paternalismo implica la identificación de alguna deficiencia pasible de ser descrita independientemente del fin o del bien que la persona escoge» (1999, 232). La dificultad a la hora de determinar la incompetencia surge del hecho de que en un Estado

Michael Bayles, por su parte, señalaría (i) que el paternalismo no prohíbe acciones atendiendo exclusivamente al criterio de la moralidad social ya que incluso prohíbe acciones que socialmente están bien consideradas (p.e., el consumo de alcohol) y (ii) que el moralismo legal prohíbe las acciones simplemente porque son contrarias a la moralidad positiva, mientras que el paternalismo sólo prohíbe las acciones que causan un daño a la persona que las realiza (1974, 178).

de Derecho la plena competencia debe presuponerse a todo agente moral pues todos somos igualmente competentes para entender y evitar los principales peligros. No obstante, este presupuesto debe ponderarse adecuadamente porque ciertas personas, en ciertas circunstancias, tienen limitada dicha capacidad. Esto se debe a que «la creciente complejidad de la sociedad moderna y el mayor conocimiento de la psiquis humana aportan nuevas razones para poner en duda la capacidad de los individuos en cuanto a ejercer la libertad en su propio beneficio» (Thompson, 1999, 223-224). En el mismo sentido, H.L.A. Hart sostiene que existe «un declive general de la creencia que el individuo conoce sus propios intereses mejor que nadie, y a un mayor conocimiento de un amplio abanico de factores que disminuyen la importancia asociada a una aparente libertad de elección o de consentimiento» (2006, 123). Por lo tanto, la tarea de determinar cuándo una persona puede ser considerada incompetente es extremadamente difícil porque debemos ser conscientes de que «si bien algunos adultos están siempre incapacitados para ejercer su libertad, todos lo están, en algún momento» (Thompson, 1999, 223). Pues bien, puede considerarse como incompetente básico a aquella persona que no evalúa suficientemente los riesgos de la actividad en la que está inmersa, o que es incapaz de salvaguardar aquellos bienes que considera valiosos, o que no es capaz de saber qué es lo que más le conviene atendiendo a sus intereses. Esto es, no es capaz de enfrentarse racionalmente o con una alta probabilidad de éxito a ciertos desafíos o problemas que va a encontrarse en algún momento a lo largo de su vida (Garzón Valdés, 1988, 165). O dicho de otra forma, una persona ha de ser considerada como incompetente básica para tomar decisiones acerca de un determinado asunto si es *ignorante*, *compulsivo* o *carece de razón* (Murphy, 1974, 468; Ramiro Aviles, 2006a, 232-250). En este sentido, Hart afirma que «se puede hacer una elección u otorgar el consentimiento sin la adecuada reflexión o apreciación

de las consecuencias; o persiguiendo simples deseos transitorios; o en situaciones difíciles en las que es muy probable que el juicio esté nublado; o bajo compulsión psicológica interna; o bajo un tipo de presión muy sutil por parte de otras personas como para ser susceptible de prueba ante un tribunal» (2006, 123-124).

Con todo, es posible encontrar una justificación de las medidas paternalista a través de la figura del incompetente básico. Mayores problemas tendremos para encontrar una justificación para la interferencia con el moralismo pues, como ya he señalado, el moralismo no actúa por el bien de un sujeto concreto sino de la sociedad *qua* sociedad y las posibilidades de justificarlo se desvanecen por el hecho de que limita las opciones de vida de las personas.

Recientemente, Gerald Dworkin ha introducido una nueva variable al discurso al tratar de diferenciar el paternalismo jurídico y el moralismo legal del paternalismo moral ya que este último plantea una serie de problemas particulares, en especial, a la hora de diferenciarlo del moralismo legal pues, como señala Ten, «el daño moral es, como hemos visto, inseparable de la violación de un estándar moral», lo cual hace que haya «un peligro real de que el paternalismo moral, salvo que sea severamente restringido, sea exclusivamente una tapadera para la imposición de la moralidad» (1971, 64). Este autor propone dos restricciones que se formulan de la forma siguiente: «No parece que haya una buena razón para la aplicación del paternalismo moral en la conducta de un individuo salvo que (a) el propio individuo acepte el estándar moral en cuestión, de esa forma se sabe que la desviación es moralmente dañosa, y al mismo tiempo sea incapaz de cumplir con dicho estándar por causa de fuertes factores que vician [su voluntad]; o (b) los factores que vician [su voluntad] son tan graves que no aprecia del todo lo que está haciendo» (1971, 64). Gerald Dworkin entiende que la diferencia que existe entre el paternalismo moral y el paternalismo físico se basa en que, a pesar

de que ambos busquen el bienestar de una persona concreta, en el caso del paternalismo moral «el bienestar de una persona puede directamente implicar, y por lo tanto incrementarse por, cambios en su carácter y en sus acciones morales; cambios que no tienen como resultado ser más felices o estar más sano, etc. Una persona puede ser mejor que antes sólo porque es moralmente mejor, igual que puede ser mejor que antes sólo porque es más feliz» (2005, 308). Así, según la teoría de Gerald Dworkin, el paternalismo moral parte de la premisa de que es posible mejorar el bienestar moral de una persona imponiéndole cambios en su comportamiento que esa persona no va a refrendar (2005, 3 18), lo cual es perfectamente coherente con su teoría del consentimiento orientado hacia el futuro (Ramiro Aviles, 2006a, 250-254).

5. *El populismo moral*

Una consecuencia política del moralismo legal es la implantación en la sociedad de aquello que, entre otros, denunciaron Alexis de Tocqueville en *La Democracia en América* y John Stuart Mili en *Sobre la Libertad*: la tiranía de las mayorías. H.L.A. Hart es consciente de dicho peligro y así lo subraya en su tercera conferencia, en el apartado titulado «Populismo Moral y Democracia». Según Hart el populismo moral consiste en defender la idea de que «la mayoría tiene un derecho moral a dictar cómo debería vivir todo el mundo» (2006, 162). Este populismo moral es una consecuencia inmediata tanto de la tesis moderada de Patrick Devlin como de la tesis extrema de James Fitzjames Stephen ya que, en ambos casos, se considera que la moralidad social compartida, ya sea por su valor instrumental o por su propio valor intrínseco, debe imponerse a través del Derecho, obligando a las personas que no la comparten a modificar su comportamiento. Como era de esperar, Stephen y Devlin apelan al origen democrático de la norma

jurídica en que se traspone la obligación moral pues, en su opinión, existe una *mayoría moral abrumadora* que legitima la norma jurídica que prohíbe realizar una serie determinada de comportamientos, normalmente referidos a la moral sexual, aunque no afecten a terceras personas y sean realizados en privado por adultos que han consentido. La razón es que dichos comportamientos amenazan a los principios e instituciones básicas en que se basa la sociedad y, por lo tanto, dañan a la sociedad *qua* sociedad⁸.

Patrick Devlin sostiene que a la hora de legislar en asuntos de moral, el Estado puede justificar su actividad de dos maneras. La primera es la del ideal platónico que consiste en afirmar que «el Estado existe para promover la virtud entre sus ciudadanos», mientras que la segunda afirmaría que «la sociedad puede legislar para autopreservarse» (1965, 89). En el primer caso, aquellos que tengan el poder soberano (desde un tirano a una mayoría democrática) tienen el derecho y el deber de «declarar qué estándares de moralidad han de observarse como virtuosos y tienen que determinarlos como piensen que es mejor» (1965, 89). Esta opción, dice Devlin, no es aceptable ya que inviste al Estado con un poder tal que abre el camino hacia la tiranía. En el segundo caso, el Estado sólo usará el Derecho para preservar una determinada herencia moral (*tesis de la conservación*), lo cual, en opinión de Devlin, es lo más aconsejable ya que los legisladores no tienen que hacer ningún juicio acerca de lo que es bueno o malo sino que sólo deben recoger «las ideas sobre lo bueno y lo malo que ya son aceptadas por la sociedad para la que legislan y que son necesarias

Esto puede comprobarse en el voto particular emitido por los jueces que disienten de la mayoría en el caso *Lawrence vs. Texas*: muchos americanos rechazan como compañeros de trabajo, como monitores de tiempo libre o profesores de sus hijos a las personas que abiertamente tienen un comportamiento homosexual, y ven su actitud como una barrera de protección frente a un modo de vida que evalúan como inmoral y destructivo.

para preservar su integridad» (1965, 90). De esta forma Devlin defiende que el mandato del legislador es «preservar los puntos esenciales de su sociedad, no reconstruirlos según sus propias ideas», asumiéndolos como buenos y verdaderos (1965, 90)³⁹.

El siguiente paso es establecer cómo el legislador puede determinar los principios morales que se aceptan en la socie-

''' La tesis de la conservación facilita la vinculación del moralismo legal con la ideología conservadora ya que impone el mantenimiento de las instituciones sociales comunes establecidas desde antaño tanto por su méritos aparentes como no aparentes (Hart, 2006, 154). La sociedad se identificaría con una moralidad compartida y con una serie de instituciones sociales esenciales que deben protegerse con el Derecho para evitar todo tipo de cambio y desintegración. Cabe señalar que I.L.A. Hart no está en contra de todo tipo de conservadurismo como demuestra cuando señala que, a pesar de lo cuestionable que pueda ser la defensa que Edmund Burke hace de las instituciones sociales «que se han desarrollado lentamente a lo largo de la historia de cualquier sociedad», valora que se exponga a la crítica racional; mientras que el conservadurismo moral que propone Devlin es «un dogma brutal que afirma que el mantenimiento de cualquier moralidad social necesariamente vale más que su coste en sufrimiento humano y en pérdida de libertad» (Hart, 2006, 157). Joel Feinberg está en la misma honda porque advierte que «un tipo de moralismo legal puro, que está implícito en los argumentos de muchos 'conservadores' que usarían el Derecho penal para impedir conductas desviadas o excéntricas sean o no dañosas u ofensivas, puede denominarse 'conservadurismo moral'». Este tipo de moralismo legal puro defendería un principio limitador de la libertad que trataría de impedir mediante el uso del Derecho penal los cambios drásticos o esenciales en el modo de vida del grupo porque dichos cambios son considerados como un daño en sí mismos, con independencia de su repercusión sobre los intereses personales y las sensibilidades (1990, 30). El conservadurismo moral, por lo tanto, abogaría por la imposición legal no sólo del contenido moral que es mínimo y común a todos sino también del contenido moral que se estime que es distintivo y esencial para la identidad de la sociedad (Cfr. Feinberg, 1900, 79). En este sentido, es interesante preguntarnos ¿qué instituciones son esenciales en la sociedad y cuáles no?, ¿qué instituciones son distintivas y cuáles no? (Cfr. Ten, 1972, 325).

dad a la que pertenece. Como ya sabemos, Devlin recurre al *hombre del autobús* *efe Clapham*, al hombre razonable que formaría parte de un jurado popular (1965, 90), y afirma que una de las consecuencias de la democracia y del sufragio universal es que «asuntos de gran trascendencia se resuelven según la opinión de los ciudadanos ordinarios, los cuales actúan en asuntos políticos ni más ni menos racionalmente que en asuntos morales» (1965, 91). Como parte de su argumentación, Devlin afirma que si se admite que todas las personas son iguales y tienen los mismos derechos y deberes, entonces todos tienen la misma capacidad de razonar y de dominar las más bajas pasiones y las emociones, por lo que no puede haber objeción alguna para que la moralidad sea un asunto de votación popular (1965, 93). Esto, en mi opinión, equivale a afirmar que si se niega que la moralidad es un asunto que pueda determinarse mediante una votación popular, a través de la acción de doce hombres y mujeres en un estrado, se estaría defendiendo una tesis aristocrática más propia de tiempos en los que la democracia se evaluaba como la peor forma de gobierno posible ya que suponía someterse a la opinión del vulgo. De esta forma, esta argumentación recuerda que la imposición legal de la moralidad tiene un origen democrático y con ello se pretende satisfacer las exigencias de la *legitimidad de origen*. Este tipo de legitimidad trata de justificar la imposición de una determinada norma jurídica o institución política apelando al origen de la misma⁴⁰. La lectura o interpretación que se hace de la misma en los sistemas democráticos exige que las normas jurídicas sean expresión de la ma-

⁴¹¹ La legitimidad de origen de este tipo de normas también pretende obtenerse apelando a la tradición porque el hombre razonable señalará que *siempre ha sido así* para considerar inmoral las prácticas que se salgan de la moralidad positiva, constituyéndose la moralidad consuetudinaria. En la sentencia del caso *Lawrence vs. Texas* los jueces defensores del moralismo legal señalan que desde la fundación de los Estados Unidos ha habido

yoría. En el caso que nos ocupa, la presencia de la legitimidad de origen estaría plenamente garantizada ya que ha sido el poder de la mayoría social, representada en el *hombre del autobús de Clapham*, quien ha creado la norma jurídica que prohíbe, dificulta o desalienta la realización de un determinado comportamiento por considerarlo inmoral y perjudicial para la identidad de la sociedad. Así, como señala Ronald Dworkin, uno de los argumentos que suelen utilizarse contra las tesis liberales que defienden la despenalización de una serie de comportamientos que no afectan a terceras personas es que «las cuestiones sobre la configuración del entorno ético de una comunidad democrática deberían decidirse conforme a la voluntad de la mayoría», desarrollándose un juego en el que una de las partes gana todo y la otra queda totalmente excluida (Dworkin, 1994, 37-38).

El problema que plantea el populismo moral, y que Hart denuncia vehementemente, es que confunde «el aceptable principio de que es mejor dejar el poder político en manos de la mayoría con la inaceptable afirmación de que lo que hace la mayoría con ese poder está exento de crítica y nunca puede oponerse resistencia» (2006, pp. 162-163). Esto significa que el populismo moral se considera exento de un posterior juicio axiológico, es decir, excluye cualquier crítica de las normas

voces que han condenado los comportamientos homosexuales por atentar contra creencias religiosas o contra la idea de familia tradicional, y las leyes penales han recogido dicho clamor. En la sentencia del caso *Bowers vs. Hardwick* se insiste en que las prohibiciones contra la sodomía tienen unas raíces antiguas, como prueba el hecho de que «la sodomía fuera un delito en el *common law* y estaba prohibida por las leyes de las 13 colonias cuando se ratificó el *Bill of Rights*. En 1868, cuando la Cuarta Enmienda se ratificó, todos excepto 5 de los 37 estados de la Unión tenían leyes que criminalizaban la sodomía». Esta advocación a la tradición elimina la racionalidad de la argumentación ya que se apela a la sacralidad que deriva de la fuerza de aquello que dura en el tiempo, de lo que siempre ha sido y, en cuanto siempre ha sido, no hay razón para cambiarlo.

jurídicas en que se impone la moral positiva⁴¹. Esto se debe a que, como señala Laporta, «Devlin había concluido apresuradamente que la moralidad positiva era una moralidad justificada» (1993, 52). Esta denuncia hace ver que con el populismo moral está en juego el sentido o significado de la democracia, afectándose con ello a los derechos y libertades que se disfrutaban en sociedad.

Una de las cuestiones que siempre ha estado presente a lo largo de la historia del pensamiento jurídico y político ha sido la de establecer quién debe gobernar la sociedad, sobre qué base se asienta su poder, qué límites tiene el ejercicio del mismo. La distinción y la relación entre gobernantes y gobernados es uno de los puntos claves de dicha reflexión y han existido y se han experimentado diferentes soluciones que han ido configurado de manera diversa dichas distinción y relación. Una de esas soluciones, la democracia, permite que gracias al origen (legitimidad de origen) y a los límites en el uso del poder (legitimidad de ejercicio), los gobernados acepten de mejor grado el título del gobernante (Ross, 1989, 103). La solución basada en la democracia ha pretendido, primero, hacer efectivo en política el principio moral de la autonomía, aumentando la participación ciudadana en el gobierno, y, segundo, luchar contra las dictaduras de derecha o de izquierda, atenuando, en la medida de lo posible, la distinción convencional entre gobernantes y gobernados (Arblaster, 1992, 95). De este modo, la solución democrática se enmarca en algo que trasciende tanto a la política como al Derecho ya que configura un completo modelo de vida social basado y engen-

⁴¹ En el caso *Lawrence vs. Texas* los tres jueces disidentes afirman que no puede discutirse si los actos de sodomía realizados en privado entre personas adultas que consienten forman parte del derecho a la libertad sexual pues lo relevante es que dicha acción se considera delictiva, lo cual es suficiente para negar cualquier tipo de derecho.

drado por todos los sujetos que lo forman (Kelsen, 2002, 19; Ross, 1989, 84). La tensión que existe entre las posturas que defienden Stephen, Devlin y Hart acerca de la imposición de la moralidad afecta a ese modelo de vida social ya que la legitimidad del poder no deriva sólo de su origen, como pretende Devlin, sino también de un ejercicio respetuoso con los derechos individuales. La legitimidad del poder se vincula de ese modo con la participación de los ciudadanos desde el origen mismo de su formación hasta el modo en que se ejerce (*vid.* Sartori, 2003, 43).

Pues bien, creo que el sistema político en el que estuviese instaurado el moralismo legal afectaría, cuanto menos, al grado de realización de cuatro características que deberían estar presentes en toda democracia⁴². En primer lugar, el moralismo legal afecta al grado de pluralismo social necesario en todo sistema democrático. Como señala Joel Feinberg, el moralismo legal afectaría a dicho pluralismo desde el momento en que las personas que conforman los grupos sociales minoritarios no podrían libremente tratar de persuadir a otros miembros de la comunidad para que se unieran a su causa (1990, 52-53). La existencia de estos grupos minoritarios se debe a que las sociedades no suelen ser homogéneas, como si fueran *una tela de una sola pieza*, sino que puede considerarse como un hecho histó-

⁴² En ningún caso las notas que destaco pretenden acabar con la discusión o definir la democracia poniendo la mirada fija en una realidad concreta. Ni una cosa ni la otra. Como señala Anthony Arblaster, «hay, por tanto, buenas razones para pensar que la historia dejará atrás a quienes intentan definir la democracia sólo en términos de realidades, como un tipo de sistema político o cultura que algunas sociedades tienen y otras no. Es probable que la democracia siga siendo no sólo un concepto discutible sino también un concepto 'crítico': es decir, una norma o ideal mediante el cual se prueba la realidad y se descubre que es insuficiente. Siempre será posible extender y ampliar el ejercicio de la democracia. Esto no quiere decir que la democracia perfecta sea inalcanzable (...) Significa que la idea y el ideal funcionan más como un correctivo» (1992, 15).

rico la existencia de grupos minoritarios que se definen y se reconocen como tales a través de planes de vida, proyectos de florecimiento humano o éticas privadas que son distintos del plan de vida, proyecto de florecimiento humano o ética privada que lleva a cabo el grupo social mayoritario o, cuanto menos, el grupo social que domina los centros de producción normativa. El pluralismo desaparecería porque esos planes de vida, proyectos de florecimiento humano o éticas privadas que son diferentes se prohíben porque se considera que son inherentemente inmorales, pueden poner en peligro la identidad de la sociedad o pueden suponer su desintegración. Un caso paradigmático lo constituye el de la comunidad de *gays*, lesbianas y transexuales —la cultura *queer*— al simbolizar un modo de entender las relaciones personales y sociales que vuelve del revés la representación del mundo para una gran parte de la sociedad. Pues bien, los defensores del moralismo legal, en su versión moderada o extrema, pretenderían acabar con ese tipo de pluralismo social ya que a la larga representarían una amenaza para la estabilidad, identidad y mantenimiento de la sociedad. Su respuesta ha sido, y sigue siendo en muchos casos, la prohibición de la homosexualidad (Irán)⁴¹, la prohibición de ciertas relaciones sexuales (Texas)⁴⁴ o el no reconocimiento a las parejas homosexuales de los mismos derechos que las parejas heterosexuales (España)⁴⁵. De este modo, el pluralismo social que representa la cultura *queer* trata de sofocarse haciendo uso del Derecho, ya sea con normas penales o con normas civiles y administrativas, para criminalizar o para dificultar la rea-

⁴⁵ *El País*, IX de mayo de 2005, 32, «80 países castigan con cárcel las relaciones homosexuales».

⁴⁴ *El País*, 25 de marzo de 2003, contraportada, «Batalla contra la discriminación sexual».

⁴⁵ A pesar de la aprobación de la Ley 13/2005 por la que las parejas del mismo sexo tienen derecho a contraer matrimonio, una pareja del mismo sexo queda excluida como tal de la posibilidad de adoptar.

lización o no reconocer efectos jurídicos a determinados comportamientos. Esto debe sorprendernos sobremanera ya que no puede comprenderse cómo la *mayoría moral abrumadora* puede temer que un grupo minoritario de personas con sus valores puedan poner en peligro su modo de vida; no debería temerse que en el *mercado moral* exista la libertad de competencia entre los diferentes modelos de vida (Cfr. Feinberg, 1990, 66). Además, como señala Hart, en aquellos comportamientos que son inmorales, que no dañan a terceras personas pero hacia los que la sociedad siente aversión y disgusto (p.e. incesto), no se entiende qué es lo que aporta la sanción penal pues «la convicción de que tales prácticas son moralmente incorrectas seguramente es inseparable en la mente de la mayoría de un rechazo instintivo y del sentimiento profundo de que son 'antinaturales'» (2006, 152). Así, el hecho de que las relaciones sexuales entre hermanos de igual o de distinto sexo estén consideradas como un delito no añade, en mi opinión, nada de valor pues no creo que sea la despenalización lo que haría que la gente estuviera más inclinada a realizar dicho comportamiento.

En segundo lugar, la adopción de una decisión de forma democrática, esto es, atendiendo al criterio de la mayoría (criterio cuantitativo), debe entenderse de forma limitada ya que no se garantiza la corrección de la decisión adoptada (criterio cualitativo). Esto significa que no debe olvidarse que, conforme al principio del daño, ciertas cuestiones, aunque se haga uso del método democrático-mayoritario, son indiscutibles y deben quedar excluidas del debate público o de la negociación. Como señala Alf Ross, la mayoría no debería entrar a regular todas las materias (1989, 123)⁴⁶. Si se prefiere, puede argumentarse diciendo que hay una serie de cuestiones que están

⁴⁶ Hans Kelsen no reconoce este peligro porque, en su opinión, «la realidad social no conoce ningún imperio absoluto de la mayoría sobre la

fuera de su jurisdicción, de su poder, de su competencia para legislar⁴⁷. En este sentido, Ronald Dworkin afirma que la configuración del entorno ético no puede ser un juego en el que una de las partes gana todo y la otra queda totalmente excluida. Dicha configuración debe realizarse, según Dworkin, a través de decisiones individuales, lo cual no significa que no pueda haber restricciones a través de leyes con las que limitar ciertas decisiones (1994, 38-39). Esto supone que sólo cuando haya una razón suficiente puede justificarse que se prohíba legalmente un determinado comportamiento, y el hecho de que la mayoría considere una determinada práctica como inmoral no constituye dicha razón en razón suficiente⁴⁸. Por el contrario, el daño a terceras personas, entendido como la violación de derechos, sí constituiría una razón suficiente.

Esa es precisamente una reivindicación clásica de John Stuart Mill como antídoto contra la tiranía de la mayoría. Así.

minoría, porque la voluntad colectiva creada con arreglo al llamado principio de la mayoría no constituye una dictadura de la mayoría sobre la minoría, sino un resultado de las influencias recíprocas entre ambos grupos, como consecuencia del choque de sus intenciones políticas» (2002, 66). Rolf Sartorius da un giro al argumento y advierte a los moralistas que en una sociedad democrática, en la que la mayoría puede convertirse en minoría, deberían instar a que se adoptase el principio de tolerancia más que nada como un mecanismo de autoprotección (1971-72, 906).

⁴⁷ Como se dice en la sentencia del caso *Lawrence vs. Texas*, la libertad protege a las personas de intromisiones injustificadas del Estado tanto en lugares privados, como puede ser el hogar, cuanto en otros ámbitos de la vida en los que las personas tienen que adoptar ciertas decisiones que son de carácter estrictamente privado, como puede ser la orientación sexual de su comportamiento.

⁴⁸ Como señalan los jueces disidentes en el asunto *Barnes vs. Glen Theatre*, «la simple referencia al interés general del Estado en promover el orden social y la moralidad no es justificación suficiente», o en el asunto *Flowers vs. Hardwick*, «el hecho de que la mayoría que gobierna en un estado tradicionalmente haya visto una determinada práctica como inmoral no es suficiente razón para confirmar una ley que la prohíbe».

en *Sobre la Libertad* puede leerse: «El único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros es la propia protección. Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás» (1997, 94). En este punto Joel Feinberg resulta extremadamente esclarecedor cuando interpreta el principio milliano y sostiene, como ya se ha señalado, que existen dos sentidos de daño, un sentido no-normativo (*harm as a setback to interest*), en el que encajaría perfectamente la angustia de aquellos que intuyen que se está cometiendo un delito, que no justifica la intervención del Estado, pues sólo produce un contratiempo en los intereses de una persona, y un sentido normativo (*harm as a wrong*) que sí la justifica, pues se produce una violación de los derechos de otra persona⁴⁹ (Feinberg, 1987, 33-64 y 105-125). El test contra-factual en seis pasos que propone Feinberg para establecer cuando ha habido un daño normativo es el siguiente: «A actúa (en un sentido suficientemente amplio como para incluir omisiones y secuencias prolongadas de actividad) de una manera tal que es defectuosa o incorrecta en relación a los riesgos que crea a B, ya sea con la intención de producir las consecuencias que son lógicas, u otras que son adversas de modo parecido, ya sea con negligencia o imprudencia en relación a dichas consecuencias; y actuando de esta manera el comportamiento de A no es defendible, esto es, ni excusable ni justificable; y la acción de A es

La diferencia entre un tipo de daño y otro puede comprobarse en el voto que emitieron los jueces disidentes en el asunto *Barnes vs. Glen Theatre* al diferenciar entre el daño que se produce cuando una persona aparece desnuda en público ante personas extrañas en un parque, una playa o un puesto de perritos calientes (daño normativo) y el daño que se produce cuando esa misma persona aparece desnuda en público ante personas extrañas en un local de *striptease* (daño no normativo).

la causa del efecto adverso en un interés propio de B ('condición dañosa'), lo cual también supone una violación de los derechos de B, y el interés de B se encuentra en una condición peor que en la que habría estado si A no hubiera actuado como lo hizo» (1990, 26). La adopción de este test hace que Feinberg afirme que «sería absurdo reclamar que alguien ha sido personalmente 'herido' o agraviado por la conducta privada de algún extraño sobre la única base de que él lo desapruueba o 'no le gusta'» (1990, 56), o que confiese que no entiende «cómo una persona cuyos intereses no han estado adversamente afectados, y que todavía está capacitado para llevar una buena vida, pueda tener un motivo personal de queja contra las personas de su 'ambiente social' cuando discretamente desarrollan sus propias vidas y sus propias posturas de forma que encuentra lamentables» (1990, 68). De ahí que Hart critique a Devlin por confundir «la legitimidad de la represión de la indecencia con la supuesta justificación de la represión de acciones inmorales ejecutadas en privado. La represión de acciones indecentes tiene por objeto evitar la ofensa de los sentimientos de terceros, y estaría claramente justificada aún cuando las mismas acciones realizadas en privado sean incluso legítimas» (Málem, 1996, 47). Así, «si la desnudez en público, la defecación en público, las relaciones sexuales que mantienen marido y mujer en público se juzgan inmorales por la mayoría de las personas, obviamente no se debe a que se piense que son inherentemente malas en todo tiempo y lugar, sino más bien porque ofenden a quienes las presencian» (Feinberg,

1990, 15).

En tercer lugar, el moralismo legal afecta al principio de igualdad ya que, sin ninguna justificación suficiente, a personas que están situadas en una posición igual se dispensa un trato diferente por la realización del mismo comportamiento. Si las personas heterosexuales son libres para definir su orientación sexual y, como regla general, ninguno de los comportamientos sexuales en que involucra es conside-

rado delictivo, las personas del mismo sexo deben tener ese mismo derecho, no pueden tener un trato diferenciado, por lo que no debe ser considerado criminal su comportamiento sexual. Tanto unos como otros deben gozar de una esfera de libertad con la misma dimensión⁵⁰. En este sentido, Roña Id Dworkin propone el *derecho a la independencia moral* que consiste en el derecho que tienen las personas a «no sufrir desventaja alguna en la distribución de los bienes y oportunidades sociales, entre las que se incluye la limitación de las libertades que permite el Derecho penal, exclusivamente alegando que las personas que gobiernan su sociedad o sus conciudadanos piensan que sus opiniones sobre la forma correcta para conducir su propia vida son innobles o incorrectas» (1981, 194). Como podemos comprobar, el derecho a la independencia moral reclama el principio de igualdad entre aquellas opciones (planes de vida, proyectos de florecimiento humano o éticas privadas) que, sin violar el principio del daño, están presentes en la sociedad (Cfr. Dworkin, 1990b, 184).

Y, por último, en el moralismo legal no se apela a la discusión racional sino a los sentimientos, llegándose, en algunos casos, a rescatar la noción de los actos que son *mala in se* para justificar la imposición de la moralidad⁵¹, lo cual,

⁵⁰ Esta es precisamente la argumentación que siguió un parte del Tribunal Supremo de los Estados Unidos para declarar inconstitucional la ley de Texas que criminalizaba la sodomía cuando era practicada en privado por ilos hombres adultos y no cuando era practicada en privado por un hombre y una mujer adultos. El Tribunal sostiene que el Código penal de Texas «trata la misma conducta de forma diferente basándose exclusivamente en el sexo de los participantes [lo cual] es insuficiente para satisfacer el análisis de la base racional que exige la Cláusula de Igual Protección».

⁵¹ Cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Winters vs. New York* en el que se consideró a la desnudez pública como un acto *mala in se*.

según Dworkin, es completamente inaceptable ya que los principios que inspiran nuestra concepción de la democracia no permiten que las restricciones que se imponen a la libertad de terceras personas se basen en prejuicios, reacciones emocionales, proposiciones de hecho o simples repeticiones de las ideas morales de otro (1977, 63-64). Una constante en las obras de Stephen y Devlin es apelar al disgusto, al sentimiento de repulsa que algunos comportamientos despiertan en la población, representada en el *hombre del autobús de Clapham*, como criterio justificativo de la imposición legal de la moral positiva, sin pararse a pensar, como haría el hombre racional rawlsiano, si esos comportamientos, con independencia de la repulsa que puedan producir, afectan o no a terceras, si se hacen en público o en privado, por adultos que consienten, y qué respuesta debe dar el sistema jurídico atendiendo a cada caso⁵². En un sistema democrático el legislador no puede sin más prestar oídos a los sentimientos e indignación, intolerancia y disgusto como fundamento de las normas, por muy mayoritarios que éstos sean (Cfr. Dworkin, 1971, 68). Joel Feinberg señala que los defensores del moralismo legal no superarían ni el 'escrutinio estricto' ni el 'escrutinio racional' que se proponen en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos como herramientas con la que justificar la intervención gubernamental. En el primer caso el gobierno debe demostrar que la intervención es necesaria para alcanzar un cierto interés estatal, mientras que en el segundo caso simplemente es necesario demostrar que el interés es razonable o racional. Pues bien, según Feinberg, no se superaría este 'escrutinio racional' porque «incluso si

⁵² Como señalan los jueces disidentes en la sentencia del caso *Lawrence vs. Texas*, el pueblo, a diferencia de los jueces, no necesitan llevar las cosas hasta sus últimas consecuencias lógicas sino que puede sentir que su desaprobación de la conducta homosexual es suficientemente fuerte para criminalizar o no permitir ciertos comportamientos y legislar en ese sentido.

admitimos como verdadero que, en una sociedad democrática, la mayoría tiene un interés legítimo en establecer alguna de sus creencias morales en el Derecho penal, no podemos interpretar que eso significa que la mayoría debería tener permiso para establecer cualquiera de sus creencias y deseos en el Derecho penal. Eso privaría al escrutinio racional de cualquier significado, al interpretarse el simple hecho de que la mayoría quiere hacer algo como equivalente a tener una base racional para hacerlo» (1998-99, 952). En su opinión, el 'escrutinio racional' sólo puede pasarse si se contestan y discuten de forma separada las tres siguientes preguntas: (i) ¿de verdad es cierto que una mayoría de ciudadanos mantienen una fuerte desaprobación de los comportamientos en cuestión?; (ii) si es cierto, ¿existe una buena razón para pensar que dicha desaprobación es *moral*, que las actitudes, creencias y juicios son actitudes, creencias y juicios morales?; (iii) si son actitudes, creencias y juicios morales, ¿son estas actitudes, creencias y juicios razonables o racionales? (1998-99, 952). Los defensores del moralismo legal, en primer lugar, no podrían probar con datos empíricos que una mayoría de los ciudadanos de una comunidad desapruaban cierto comportamiento; como tampoco podrían demostrar que dicha desaprobación es moral y racional, no meramente una manifestación de prejuicios, ignorancia y estupidez (Feinberg, 1998-99, 955).

Como tampoco prestarían atención a si el comportamiento se hace en público o en privado o si afecta de forma relevante o no a terceras personas, lo cual para H.L.A. Hart constituye un dato muy importante para determinar la respuesta jurídica que puede haber. Los moralistas sostienen, por el contrario, que «la ofensa a los sentimientos se produce no sólo cuando las actividades inmorales o sus preliminares comerciales se imponen a testigos presenciales no voluntarios, sino también cuando aquellos que condenan enérgicamente ciertas prácticas sexuales como inmorales se enteran de que otros se

abandonan a ellas en privado» (Hart, 2006, 134)[^]. Sostendrían de ese modo que existe una unión no sólo causal sino conceptual entre *daño moral* y *principio del daño* que se actualizaría incluso cuando nadie es testigo, de tal forma que cualquier inmoralidad causaría un daño. Joel Feinberg afirma al respecto que «es claramente absurdo suponer que todo el mundo tiene el 'derecho social' en cuestión ya que casi nunca nadie reclama tal derecho y casi nadie puede reclamar de forma verosímil que tiene el interés correspondiente» (1990, 11). Si se supusiese tal derecho, entonces se acabaría con la autonomía personal (Feinberg, 1990, 68). De igual forma Hart en este punto no puede ser más contundente ya que sostiene que si se admite tal amplitud de la ofensa como justificación de la imposición de un castigo, esto supondría acabar con la libertad en la sociedad: «el derecho a ser protegido de la angustia que es inseparable del simple conocimiento de que otros están actuando de una forma que tú crees incorrecta, no puede aceptarse por nadie que reconozca la libertad individual como un valor» (2006, 135).

Pues bien, una vez señaladas las notas que definirían un sistema democrático y los puntos de fricción con el moralismo legal, creo que puede afirmarse que el populismo moral, tal y como lo define Hart, instauraría un sistema que tendría un cierto déficit de legitimidad ya que la imposición de la moral positiva a través de normas jurídicas sin reconocer ningún tipo de limitación afectaría a la legitimidad de ejercicio. Este tipo de legitimidad constituye el otro pilar básico en el que debe asentarse todo gobierno democrático y que parece que olvidan tanto Stephen como Devlin. La legitimidad de

Esa fue la argumentación seguida por el tribunal de Texas para condenar a Lawrence y Garner por realizar un acto sexual desviado. El acto sexual se estaba cometiendo por dos adultos que consentían en la intimidad de su hogar y fueron denunciados por una persona que *sospechaba* que estaban cometiendo un acto inmoral.

ejercicio directamente nos conduce a la existencia de unos límites en el ejercicio del poder, que Hart reclama con tanto ahínco. Este tipo de legitimidad es de inspiración liberal y constituye un contrapeso a la legitimidad de origen, que es de inspiración democrática, pues establece límites a la acción del Estado, o como dice Hart, «hay muchas cosas que incluso un gobierno democrático no puede hacer» (2006, 163)⁵⁴.

El populismo moral y su afán de imponer una moralidad positiva se encuentra cuestionado desde el mismo momento en que las sociedades democráticas no son homogéneas sino heterogéneas socialmente de tal forma que la moralidad social no puede identificarse con *una lela de una sola pieza* sino más bien con un *patchwork*⁵⁵. De ese modo, junto al grupo mayoritario o dominante y su moralidad positiva siempre estarán presentes uno o varios grupos minoritarios, que serán los principales afectados por esos intentos de imposición de la moralidad positiva a través del Derecho. La existencia de un grupo minoritario que no comparte la opinión de la mayoría y que manifiesta la existencia de una moral social contraria a la

Cfr. la sentencia del caso *Commonwealth of Kentucky vs. Jeffrey Wasson* cuando afirma que la autoridad del Estado para interferir en la libertad de una persona deriva solamente de su deber de preservar la libertad del resto; cuando una persona busca su felicidad en privado y sin afectar a los derechos de terceras personas, la interferencia del Estado es desmesurada, arbitraria e inconstitucional.

⁵⁵ Cabría discutirse como *caso difícil* el que plantean las comunidades indígenas y su derecho a la identidad cultural pues, posiblemente, en ese caso sí podría defenderse la idea de que la moralidad positiva se asemeja a *una tela de una sola pieza* y cabría sostener que su derecho a la identidad cultural ampara las decisiones de estas comunidades de castigar o expulsar a las personas que atentan contra dicha identidad. En este caso bien podría argumentarse a favor del derecho que tienen esas comunidades de preservar sus instituciones sociales básicas. En este sentido, Robert George propone una interpretación de la tesis de la desintegración desde la óptica comunitarista (1995, 65-71).

moral positiva que ha sido legalizada, debe gestionarse de tal forma que no siempre suponga el no reconocimiento jurídico de sus exigencias. Una mayoría de personas que trata de legalizar una determinada moralidad social no debe considerarse inmune a la moralidad crítica y el ejercicio del poder que detentan debe estar sometido a límites. Como antes señalaba Hart, un demócrata ha de aceptar que el poder político tiene que estar en manos de la mayoría pero no está obligado a aceptar que el uso de ese poder por la mayoría esté exento de crítica (2006, 163). Hans Kelsen, por su parte, afirma que «parece que el principio democrático de la libertad requiere que se reduzcan al mínimo los casos de aplastamiento de las minorías» (2002, 10). Igualmente se ha expresado Giovanni Sartori cuando reconoce que «la democracia requiere —para funcionar y durar— un principio de mayoría 'limitado'. La regla en las democracias liberales es que la mayoría gobierna (prevalece, decide) en el respeto a los derechos de la minoría» (1999, 54).

Posiblemente, que exista el peligro de la tiranía de la mayoría sea, como dice John Stuart Mili, algo que no pueda evitarse en un sistema democrático ya que la mayoría siempre puede tener la tentación de regular ciertos comportamientos que no afectan a terceras personas, o de limitar los derechos de los grupos minoritarios. No obstante, aunque dicho peligro sea inevitable, la política no se define como una *tragedia*, que nos abocaría a permanecer de brazos cruzados pues nada puede hacerse ante el destino o ante la 'posibilidad imposible', sino como un *drama*, lo cual implica que hay pericia y libertad y que no conocemos por adelantado el desenlace (*vid.*, Aranguren, 1996, 71-83). Por tal motivo, el ingenio humano debe ser consciente de dicho peligro y establecer los mecanismos institucionales apropiados para minimizar dicho riesgo y sus posibles consecuencias negativas.

6. *Moralismo legal y derechos humanos*

Uno de los mecanismos que el ingenio humano ha desarrollado a lo largo de los años ha sido la inclusión en los sistemas jurídicos de los derechos fundamentales, los cuales constituyen una garantía frente a ese posible abuso (Kelsen, 2002, 63). Esta garantía se desarrolla por el hecho de que un elemento consustancial a la filosofía de los derechos humanos es la idea del establecimiento de límites tanto al Estado como a terceras personas. Los derechos humanos tienen un claro sentido de limitación de las actividades y de delimitación de las facultades que pueden o no pueden hacerse, que pueden no hacerse o no pueden dejar de hacerse. Si nos atenemos a la caracterización que se ha propuesto del moralismo legal, en su distintas versiones, y el rechazo o reinterpretación que se hace del principio del daño, creo que puede afirmarse que Patrick Devlin no admitiría como solución los derechos humanos porque «después de siglos de debate, hombres de los que no cabe dudar su capacidad de razonamiento y honestidad de propósito se han mostrado incapaces de acordar lo que debería ser la moralidad» (1965, 93). Si bien admite que «un sentido de qué es bueno y malo es necesario para la vida de una comunidad», taxativamente afirma que «no importa de dónde deriva el pensar de la comunidad, si de tal o cual doctrina» (1965, 22) y «no es necesario que su apreciación de qué es bueno y malo, analizada a la luz de un conjunto u otro de proposiciones abstractas sobre las que los hombres discuten siempre, deba ser correcta» (1965, 94). Lo único importante es que la persona razonable piense que una práctica es inmoral y que cualquier otra persona razonable no podría pensar de forma diferente a la suya (1965, 22-23). No obstante, cabe señalar con Robert George, que la *persona razonable* no es relativista ya que una práctica será inmoral o moral porque es buena o mala en sí misma (Cfr. George, 1995, 54-55). De ahí que Ronald Dworkin diga que «lo que es sorprendente y erróneo

no es su idea de que la moralidad de la comunidad cuenta, sino su idea de qué se considera como la moralidad de la comunidad» (1971, 69).

Patrick Devlin está reconociendo, de esta manera, el relativismo moral pues no defiende la imposición de una moral verdadera sino que defiende la imposición de una moralidad social como instrumento de autoprotección (George, 1995, 53-54). Como señala Jorge Málem, el relativismo aparece «porque en Devlin, la moral no es una cuestión que se relaciona con la razón, sino con la sensibilidad. Para averiguar las creencias morales de una sociedad hay que conocer cuales son las creencias morales del hombre razonable» (1996, 39)⁵⁶. En esta misma idea concurre Hart, pero desde una óptica diferente, pues asocia la tesis de la desintegración con una concepción relativista de la moralidad y señala que «según ésta, la moralidad puede variar de una sociedad a otra, y para merecer la imposición mediante el Derecho penal, la moralidad no necesita tener un contenido racional o un contenido específico. Lo que importa no es la calidad de la moralidad sino su poder de cohesión» (2003, 248). De esta forma, el moralismo legal permitiría que el Derecho incluyese cualquier idea de justicia, siempre y cuando ésta actuase como el cemento que une a la sociedad, lo cual no desentonaría demasiado con el *concepto amplio de Derecho* que Hart defiende (1992, 256-261), salvo por el hecho de que el moralismo legal impide cualquier crítica de las normas jurídicas en que se impone la moral positiva. Esto permite entender que Hart

⁵⁶ Jorge Malem señala que la postura relativista también aparece recogida en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando interpreta la cláusula del Convenio Europeo de Derechos Humanos referente a la *protección de la moral* que limita el ejercicio de algunas libertades, pues en ella se afirma que «cada Estado está autorizado a mantener su propios criterios morales» (1996, 41). Cfr. Pérez Triviño, 1995, pp. 476-479.

exclame: «¡Moralidad, qué crímenes pueden cometerse en tu nombre!» (1980b, 167).

Por otro lado, cuando Patrick Devlin afirma que será el *hombre del autobús de Clapham*, quien con su recto entender y sentimiento establecerá qué es lo moral y lo inmoral en una sociedad, parece que se inclina hacia una postura ética no-cog-noscitivista (George, 1995, 55). Como ante se señalaba, el *hombre del autobús de Clapham* es la persona razonable, de la cual «no se espera que razone [sino que] su juicio puede ser en gran parte una cuestión de sentimiento» (1965, 15). Podría decirse, por lo tanto, que Devlin defendería que los sentimientos de indignación o disgusto constituirían los juicios morales que hace la sociedad. Devlin es, por lo tanto, un no-cognosci-tivista que defiende el emotivismo, lo cual supone que los enunciados éticos no tienen un significado cognoscible y desempeñan una función emotiva. De ese modo, como señala Pérez Luño, «en los juicios de valor la respuesta (por parte de quien escucha) y el estímulo (por parte de quien habla) se traducen en una determinada manifestación de emociones. Así, la afirmación por parte de un sujeto de que algo es 'bueno' traduce la aprobación de quien la formula (emoción estimativa), así como el deseo de que los demás compartan esa estimación (...) la ideología de la justicia es, por ello, una actitud biológico-emocional con la que se defienden ciega e implacablemente ciertos intereses» (2003, 135). A pesar del no-cognos-citivismo, Devlin no es un escéptico porque «no sugiere que no haya verdades morales» sino que simplemente niega que «las verdades morales básicas sean accesibles a la razón humana» pero admite que «los seres humanos sean capaces de descubrirlas por otras vías» (George, 1995, 59).

Pues bien, Hart ya nos advierte que esta forma que Devlin tiene de entender la naturaleza y el origen de los juicios morales es uno de los rasgos más destacables de su teoría. Así, podemos leer: «El rasgo más notable de la disertación de Sir Patrick Devlin es su opinión sobre la naturaleza de la morali-

dad (...) no funda su repudiación del punto de vista liberal en estas concepciones religiosas o racionalistas. Ciertamente gran parte de lo que escribe representa una impugnación de la idea de que el raciocinio o la reflexión tienen mucho que ver con la moralidad» (1980b, 159). Como recalca Feinberg, Devlin «tácitamente defiende una epistemología moral que basa nuestro conocimiento de la verdadera moralidad en los sentimientos espontáneos de todas las personas razonables». Esto determina que «los sentimientos no hacen verdaderos a los principios; más bien los sentimientos son un criterio fiable de la veracidad de los principios» (1990, 141 -142). Frente al relativismo y el emotivismo que parece que Devlin defiende, Hart propone, primero, que las verdades morales son accesibles a través de la razón y, segundo, que el contenido de la moralidad positiva debe estar abierto a cualquier tipo de crítica realizada siguiendo los criterios de la moral crítica (George, 1995, 59). La postura de Devlin reta de este modo a todas aquellas posturas que mantienen el cognoscitivismo ético y la universalidad de los derechos humanos⁵⁷.

En este sentido, un autor cognoscitivista como Robert George defiende que la legitimidad de la imposición de la moralidad depende de que beneficie el mantenimiento de la cohesión social o de que promueva la virtud y desaliente el

⁵⁷ Un análisis detallado de las implicaciones que tienen el cognoscitivismo ético y la universalidad de los derechos humanos superaría con mucho el objetivo de este trabajo introductorio por lo que simplemente haré una caracterización general. Por lo que respecta al cognoscitivismo ético, cabe señalar que es una postura metaética que defiende la posibilidad de conocer los juicios de valor, que puedan emitirse juicios de veracidad o falsedad y que puedan justificarse racionalmente (Niño, 1989, 355). Por su parte, la universalidad de los derechos humanos señala que los derechos son universales, esto es, son racionales y abstractos, válidos para todas las personas, con pretensión de que los criterios de moralidad que los fundamentan tengan validez general (Peces-Barba, 1995b, pp. 299-300).

vicio, por lo que critica a Devlin que justifique las leyes morales sobre cualquier base. Según George, aunque la cohesión social es una razón que puede justificar la imposición de la moralidad positiva, no es una razón suficiente, de ahí que en la imposición de la moralidad no pueda prescindirse de la cuestión de la verdad moral de las obligaciones que se imponen (1995, 71). Comprobamos de esta forma que el cognoscitivismo ético que mantiene Robert George hace que su preocupación no sea tanto la cohesión social sino el carácter moral de los miembros de la comunidad, de ahí que su postura sea más perfeccionista (que él mismo califica como pluralista) que moralista (Cfr. George, 1995, 189-229)^{5fi}.

En lo que respecta a la universalidad de los derechos, un autor como Francisco Laporta, en cuya concepción sobre los derechos humanos la universalidad y el carácter absoluto cobran una especial importancia, sostiene que las posturas teóricas y los textos normativos que acepten que la moral social sea un límite para los derechos humanos están desvirtuando el sentido y significado de éstos ya que las únicas excepciones o límites admisibles son los propios derechos humanos (1987, 41). El hecho que sociedades distintas tengan distintos valores morales es un dato que es útil para describir cómo es la realidad que nos rodea pero no para justificar ningún tipo de limitación a los derechos humanos. Como señala Laporta, si se predica la universalidad de los derechos humanos hay que «emancipar la idea de derecho moral de sus condicionamientos institucionales o de sus condicionamientos de 'rol', es decir, nos vemos obligados a *descontextualizar* la idea de derecho moral, a desvincularla de las instituciones éticas concretas que funcionan en una moralidad positiva o que son propuestas por una moralidad crítica» (1987, 33).

Por otro lado, la afirmación de la universalidad de los derechos humanos rechazaría la tesis de Devlin de que cualquier contenido es válido como fundamento de una determinada moralidad pública, pues impone la idea de que existe una serie de valores que constituyen una moralidad genérica con la que se fundamenta los derechos humanos y que es independiente de la época histórica o del lugar geográfico en los que nos encontremos. Al respecto Laporta describe así la situación: «El paso de una concepción de los derechos morales como algo necesariamente 'contextualizado' a una concepción de los derechos morales liberada de ataduras institucionales previas significa necesariamente un avance en el camino hacia el reconocimiento práctico de todos los seres humanos como agentes morales, y ello lleva implícito seguramente el que podamos estar asistiendo al principio de una paulatina superación de las moralidades positivas 'locales' en favor de una ética común y general, de un 'código realmente impersonal de acción moral» (1987, 34).

De tal modo, el reconocimiento, protección y desarrollo real y efectivo de los derechos humanos, fundados desde una determinada postura metaética, son incompatibles tanto con las tesis extrema como con la tesis moderada del moralismo legal (Cfr. Pérez Luño, 2003, 136).

7. *El moralismo legal en una sociedad multicultural*

No obstante lo anterior, la solución basada en los derechos humanos no siempre es sencilla de aplicar ya que toda comunidad política sólo tolera cierto grado de pluralidad, pues no siempre debe suponerse que los intereses de la minoría son legítimos y están justificados (Goodwin, 1993, 258). Es cierto que la pluralidad, la diversidad o la existencia de *disidentes* es necesaria para la configuración de una verdadera sociedad democrática pero también es cierto que los grados admisibles

en la escala de la tolerancia no pueden llegar al infinito. Siempre va a existir un límite que no puede sobrepasarse. Como señala Ramos Pascua, «debe reconocerse que, ciertamente, nuestras sociedades modernas se caracterizan por su pluralismo, pero incluso en ellas hay límites a la tolerancia [pues la] viabilidad de una sociedad pluralista presupone algún acuerdo o núcleo de moralidad compartida entre las diferentes moralidades» (1988, 453). Así lo reconoce el propio Patrick Devlin cuando, poniendo como ejemplo la institución de la monogamia y usando el símil de la construcción de una casa, señala que debe defenderse dicha institución porque forma parte de la estructura de la casa y no puede quitarse sin derribarla, por lo que todos aquellos que quieran vivir en esa sociedad deben aceptarla porque «correcta o incorrectamente, ha sido adoptada por la sociedad en la que vive (...) si quiere vivir en la casa, tiene que aceptarla tal y como está edificada» (1965, 9). Ambas cuestiones, nivel de pluralismo social y viabilidad de la sociedad, están íntimamente relacionadas y son en la actualidad muy importantes pues la sociedad se ha hecho multicultural, tanto desde el punto de vista exógeno como endógeno (De Lucas, 2003, 47)⁵⁹.

Tal y como he sostenido en otro trabajo en el que trataba la cuestión del multiculturalismo endógeno desde la perspectiva de las comunidades intencionales (Ramiro Aviles, 2005), pero cuyas conclusiones también pueden ser válidas para las comunidades indígenas endógenas y los colectivos de personas migrantes, el plan de vida, el proyecto de florecimiento humano o la ética privada que comparten los miembros de esos

Es interesante resaltar que, paradójicamente, uno de los problemas clásicos que suelen tener las comunidades intencionales y las comunidades indígenas es el de la diversidad cultural que puede admitirse en el seno de las mismas (Cfr. Hall, 1998). Este problema debería resolverse internamente estableciendo cuándo el comportamiento de una persona *disidente* afecta o no a la comunidad (Cfr. Feinberg, 1990, pp. 55-64).

grupos culturalmente diversos constituye su clave de bóveda al ser el elemento que les identifica como tal grupo, que les diferencia del resto y que permite su propia existencia. El plan de vida que propone el grupo de personas culturalmente diverso principalmente va a suponer una suerte de cambios en tres ámbitos: (i) el político, (ii) el económico y/o (iii) el sexual (Kanter, 1972, 3-8). En el *ámbito político* se aboga por el cambio de las estructuras internas y externas de gobierno, lo cual supone en la mayoría de los casos una profundización de los valores de la democracia, una paulatina eliminación de las normas, una amplificación de la solidaridad y la cooperación entre los miembros, una defensa del valor de la diversidad, y un desarrollo real y efectivo de la igualdad entre todos los miembros de la comunidad; pero también es posible, como ocurre con algunas comunidades indígenas, que su propuesta en el ámbito político no suponga una profundización de los principios democráticos sino precisamente todo lo contrario, un detrimento de la participación (en especial de las mujeres) en los procesos de toma de decisión. En el *ámbito económico* los cambios que muchos de estos grupos defienden se oponen de forma radical al sistema capitalista de producción y al concepto de propiedad de las cosas y de la tierra, por lo que proponen sistemas alternativos en los que todas las personas conviven en la misma casa, la propiedad privada ha desaparecido, el dinero ganado por realizar trabajos en el exterior se pone en común y, en algunas comunidades, el dinero *abstracto* ha sido sustituido por otra unidad de cambio o de medida tangible como pueden ser las horas de trabajo o los servicios prestados a la comunidad. En el *ámbito sexual* los cambios también pueden llegar a ser drásticos en temas tan básicos como la familia o las relaciones sexuales entre sus miembros, siendo estos cambios los que generalmente más reticencia despiertan fuera de la comunidad. Así, por ejemplo, la definición del concepto de familia puede no corresponder a la concepción mayoritaria pues es posible encontrar comunidades en las que la fami-

lia está compuesta por un mínimo y un máximo de miembros, con independencia de los lazos de sangre que existan entre ellos, convirtiéndose de este modo la familia en una entidad artificial; o también es posible hallar grupos culturalmente diversos que admiten que la familia pueda fundarse a través del matrimonio entre personas del mismo sexo. Por lo que respecta al tema de las conductas sexuales, aunque puede ser un tema minoritario, siempre será espinoso ya que pueden encontrarse comunidades con conductas más permisivas, siendo precisamente esa relajación de las costumbres sexuales una prueba de oposición a la moral más conservadora del grupo social mayoritario.

Pues bien, muchos de estos grupos culturalmente diversos reclaman que su plan de vida tenga pleno reconocimiento por parte del Estado. El problema precisamente reside en que cabe la posibilidad de que una parte o la totalidad de ese plan de vida con el que se identifican no sea ni reconocido jurídicamente ni tolerado por el sistema jurídico-político en el que pretenden integrarse. El problema se plantea porque el Derecho no es neutral al incorporar necesariamente, como señala Elias Díaz «una serie de valores e intereses, los que sean, buenos o malos, justos e injustos, según el punto de vista de cada cual. Puede decirse que no hay, pues, legalidad neutra y adiafora: detrás de todo Derecho y de todo Estado hay siempre una concepción del mundo, unos u otros valores y por supuesto que, vinculados a ellos, unos u otros intereses. En toda legalidad se encuentra ya una legitimidad: la incorporada en las normas, la que (por uno u otro procedimiento, democrático o no) ha logrado hacerse legitimidad legalizada» (1984, 27). Así pues, la pretendida neutralidad del Estado liberal no significa que el Estado y sus instituciones no tengan determinados intereses y valores que señalan qué debe prohibirse o promoverse, o que no se pretenda realizarlos gracias al apoyo que le presta el poder coercitivo estatal. La neutralidad del Estado liberal sólo es *de efectos*, lo cual significa que todas las personas y sus

decisiones individuales referentes a planes de vida o proyectos de florecimiento humanos van a ser tratadas o consideradas con igualdad; se van a conceder los mismos derechos a todas las personas y el bienestar de todas y cada una de ellas va a tener la misma consideración a la hora de determinar qué curso de acción se considera permisible o deseable (Nagel, 1994, 60-62). No obstante, debemos reconocer que siempre habrá ocasiones en que se produzca, aparte de los casos en que haya una verdadera afectación relevante a terceras personas, un conflicto entre ciertas decisiones individuales y los valores e intereses propios de una determinada sociedad, liberal o no, que pueda ser analizado desde la óptica del moralismo legal o del paternalismo jurídico. Ejemplos cotidianos de estos conflictos los proporcionan las personas que arguyen contra las restricciones impuestas a la homosexualidad, las que están en contra de la interrupción voluntaria del embarazo o las que protestan las limitaciones impuestas por el Estado en el consumo de tabaco.

Dejando a un lado la cuestión del paternalismo jurídico, en el caso del moralismo legal la idea de legitimidad que incorpora el sistema de legalidad del Estado de Derecho, único compatible con un sistema democrático que cumpla con las notas antes señaladas, se identifica con la cultura de los derechos humanos, la cual permite construir una ética pública que posibilita la existencia de una pluralidad de éticas privadas. Este tipo de ética pública va a constituir el marco general de referencia pues tratará de configurar formal y materialmente una organización política donde cada uno puede establecer libremente sus planes de vida, sin interferencias ilegítimas por parte del Estado o de terceras personas (Peces-Barba, 1995a, 75-76). Como señala Thomas Nagel, es preciso diferenciar entre «los valores que a una persona le pueden resultar atractivos para conducir su vida y aquellos de los que puede echar mano para justificar el ejercicio del poder político» (1994, 65). Los primeros constituirían las éticas privadas; los segundo la

ética pública. Así, una ética pública no excluyente permite la imparcialidad del Estado entre las éticas privadas que se admiten al no priorizarse a unas sobre otras. No obstante, esta imparcialidad y neutralidad no excluye que el Derecho prohíba ciertos comportamientos porque, como señala Hart, no puede ni debe caerse en la indiferencia moral (2006, 159) ni tampoco, como señala Nagel, en el simple escepticismo (1994, 71). En este sentido, Gregorio Peces-Barba propone una ética pública no excluyente que trata de configurar una organización política y jurídica donde cada uno puede establecer libremente sus planes de vida, pero que en ningún caso puede admitir las éticas privadas (i) que sean excluyentes, (ii) que no respeten la autonomía y la libertad de acción de las personas, o (iii) que no sean universalizables (1995a, 77).

Cuando se considere que existe incompatibilidad entre una determinada ética privada y la ética pública, la reacción del Estado será prohibir dichos comportamientos, estando dicha reacción justificada cuando (i) se apele al *tus imperii* del Estado, (ii) pueda demostrarse la afectación relevante a terceras personas o (iii) pueda demostrarse la presencia de incompetentes básicos; y estando injustificada cuando no pueda demostrarse la afectación relevante o se impongan medidas normativas moralistas o paternalistas *duras*. De este modo, todos aquellos comportamientos que sean realizados en el seno de un grupo culturalmente diverso que supongan una afectación relevante a terceras personas, limitando derechos y libertades fundamentales, deben prohibirse por considerarse que no respetan el principio de autonomía y no son universalizables. Como sabemos, John Stuart Mill en *Sobre la Libertad* recoge este principio de la afectación a terceros como un elemento normativo determinante a la hora de establecer cuándo el Estado podía o no de forma justificada limitar los comportamientos de las personas. Si no podía limitarlo, al no afectar a terceras personas, debía respetarlo, legalizarlo y reconocerlo. El problema que se plantea con el moralismo legal surge cuando

el plan de vida que el grupo culturalmente diverso plantee como elemento definitorio no dañe a terceras personas, pudiendo contar incluso con el consentimiento expreso o tácito de las personas afectadas, pero dicho plan de vida pretenda prohibirse por ser considerado contrario a los postulados básicos de una sociedad basada en una determinada cultura de los derechos humanos. Es aquí donde entraría en juego una versión actualizada del moralismo legal porque van a intentar imponerse los valores de esa sociedad y el mejor instrumento con el que se cuenta para realizar esta tarea es el Derecho ya que se refuerza su carácter obligatorio con la imposición forzosa.

Si fuésemos capaces de aplicar correctamente el principio del daño, con todas sus consecuencias, entonces no habría ningún problema que tratar. Los problemas del paternalismo y del moralismo surgen, como es obvio, cuando no se aplica de forma rigurosa y se produce la intromisión ilegítima del Estado o de los otros miembros de la comunidad en la vida de las personas, en sus dimensiones más íntimas e identificativas, alegando que el comportamiento afecta a intereses legítimos de terceras personas; al bienestar del propio sujeto, independientemente de su consentimiento o de la forma en que haya formado su voluntad; o que repugna a la sociedad, olvidando que la moralidad del grupo dominante no implica la corrección moral y no es un criterio suficiente para determinar el contenido de las leyes. No es posible considerar a la moralidad social como el modelo de conducta al que hay que someter la conducta propia y la de los demás, pues no podemos imponer acuerdos, instituciones o exigencias sobre la base de unos principios que pueden razonablemente rechazarse (Nagel, 1994, 65)⁽⁶⁰⁾.

⁶⁰ No obstante, el propio Nagel reconoce que «sería una condición restrictiva imposible de cumplir para el poder político exigir que su ejercicio sólo puede justificarse apelando a premisas que otros no podrían razonablemente rechazar» (1994, 73).

En esos casos el problema surge «no sólo porque la persona no quiere hacerlo, sino por la razón por la que no quiere hacerlo. Los casos problemáticos son aquellos en los que el valor impersonal al que apelo para justificar la coerción no sería reconocido por la persona coaccionada, o entra en conflicto con otro valor impersonal al que ésta se suscribe pero que yo no reconozco, aunque yo lo reconocería si fuese ella. En tal caso —advierte Nagel— parece que habré fallado de alguna manera en ser imparcial» (1994, 67-68)⁶¹. Por tales motivos, creo que no pueden usarse ni el Código Penal ni la Constitución, ni cualquier otro texto de ese calibre, como piedras angulares sobre las que edificar un cuerpo normativo que señale *aquello que es malo y aquello que es bueno* sobre la base de nuestras creencias personales, sin admitir la discusión, la duda o la posibilidad de cambio. Según Javier de Lucas, ese sería el modelo de quienes piensan que de un lado está la democracia y los derechos (y la decencia, añadiría) y que del otro lado está la barbarie (2003, 63).

8. *A modo de conclusión*

En la actualidad, el moralismo legal, y qué decir del paternalismo jurídico, siguen presentes en numerosas normas de nuestro sistema jurídico. Mucho después de que se haya producido la constitucionalización de los derechos humanos, una parte significativa de las normas jurídicas civiles, penales o administrativas que imponen restricciones a ciertos comportamientos no están lo suficientemente justificadas desde el punto

⁶¹ Uno de los casos que, en mi opinión, deberían interpretarse a la luz de esta tesis es el que se ha producido en Francia con las normas jurídicas destinadas a prohibir los símbolos religiosos ostentosos en ciertos ámbitos de la vida pública.

de vista del daño a terceros. Puede incluso afirmarse que una parte significativa de las recomendaciones que se incluyeron en el informe del *Comité Wolfenden* siguen sin ser aplicadas en algunos temas. Así, por ejemplo, todavía andamos preguntándonos si la prostitución debe estar prohibida o debe legalizarse, lo cual hace que siga estando en un *limbo* jurídico. En mi opinión, si se excluyen los casos en que las personas están obligadas a ejercer la prostitución, ya sea por las condiciones socioeconómicas en que se encuentran o por la acción de redes mafiosas, la prostitución debería ser considerada una actividad que puede ejercerse de modo legal, siempre y cuando ninguna de las actividades asociadas a la misma se ejecuten en un lugar público⁶². En aquellos casos en los que algún tipo de explotación esté presente y anule la libre voluntad de las personas, el Estado deberá actuar tanto con políticas públicas sociales que mejoren esas condiciones socioeconómicas como con la persecución de ese tipo de delincuencia. Legalizando y regulando la prostitución se haría realidad la diferencia que proclama Hart entre «la inmoralidad de una práctica» y «su aspecto de ofensa pública o de daño» (2006, 132). La sociedad tiene derecho a considerar que la prostitución es una práctica inmoral, demostrando así que no es indiferente moralmente ante determinados comportamientos, pero creo que no tiene derecho a formalizar su respuesta a través de la criminalización del comportamiento o condenando a ciertas personas a una situación de desamparo social. El ejercicio de esa activi-

⁶² Podría alegarse, entre otras cosas, en favor de la prohibición que la prostitución es una actividad que atenta contra la dignidad humana y que perpetúa el sometimiento de la mujer al hombre. Ante esto sólo cabría preguntar, primero, si dicha prohibición se extendería a otras ocupaciones relacionadas con la *billonaria* industria del sexo que también atentarían contra la dignidad humana; segundo, si la desigualdad entre hombres y mujeres va a arreglarse con este tipo de prohibiciones o modificando ciertos patrones culturales y estereotipos sociales.

dad no supone una ofensa pública o daño cuando se realiza en privado por personas adultas que han consentido libremente. De ese modo también se lograría diferenciar entre el castigo cuando es una simple inmoralidad y el castigo cuando existe ofensa pública o daño. En el primer caso, la sociedad podrá reaccionar castigando a esas personas pero dicho castigo nunca podrá ser legal o público sino privado (Hart, 2006, 133-134).

Por otro lado, el debate que supone el moralismo legal está continuamente actualizándose porque posiblemente estemos ante otro de esos problemas políticos que pueden ser considerados perennes (Bevir, 1994). Así, creo que todo el debate acerca de la necesidad de controlar la investigación biotecnológica que lleve a la posibilidad de clonar seres humanos con fines reproductivos reverdece la polémica sobre qué extensión debería tener el Derecho penal y si se debería considerar como delictivas aquellas actividades relacionadas con la clonación reproductiva porque la inmensa mayoría de la población considere que son inmorales, indignas o indecentes (Ramiro Aviles, 2006b). Como este tipo de investigación, fundamentalmente la que tiene una finalidad reproductiva, tiene una potencial peligrosidad para el mantenimiento de un determinado modelo de sociedad, identificado con los contenidos de una moralidad positiva, algunas acciones relacionadas con la misma han sido tipificadas como delitos al ser consideradas inmorales. En mi opinión, si no se produce una efectiva aplicación de la clonación con consecuencias negativas sobre los derechos fundamentales, debe primar la libertad de investigación (*vid.* Rodríguez-Drincourt, 2002, 139). Zon esto no excluyo que el Derecho penal pueda ser un buen método para controlar y mostrar la desaprobación social hacia ciertas conductas, pero es un reconocimiento limitado a los casos más extremos. Legalizando todos aquellos comportamientos que no supongan un daño u ofensa a terceras personas, creo que será posible hallar un nuevo equilibrio entre el Derecho y la vida moral, entre los sentimientos de rechazo social, la aplicación de las normas jurídicas y el disfrute de los derechos.

Bibliografía

- Arblaster, A. (1992): *Democracia*, trad. A. Sandoval, Alianza, Madrid.
- Bayles, M. (1974): «Criminal Paternalism», *The Limits of Law*, Nomos XV, comps. J.R.R. Pennock and J.W. Chapman, New York U.P., 174-188.
- Beauchamp, T.L. (1979): «On Coercive Justifications for Coercive Genetic Control», *Biomedical Ethics and the Law*, eds. J. Hum-ber and R.F. Almeder, Plenum Press, New York.
- Becker, L.C. (1998-99): «Crimes against autonomy: Gerald Dworkin on the enforcement of morality», *William and Mary Law Review*, 40, 959-973.
- Bevir, M. (1994): «Are there Perennial Problems in Political Theory?», *Political Studies*, 42, 662-675.
- Chan, J. (2000): «Legitimacy, unanimity and perfectionism», *Philosophy & Public Affairs*, 29:1, 5-42.
- Colomer, J.L. (2001): «Autonomía y gobierno. Sobre la posibilidad de un perfeccionismo liberal», *Doxa*, 24, 251-296.
- De Lucas, J. (2003): «Sobre el papel del Derecho y el contrato político en el proyecto intercultural», *Isonomía*, 19, 47-80.
- De Páramo, J.R. (1994): «El moralismo legal contraataca», *Doxa*, 15-16, 1994.
- Devlin, P. (1965), *The Enforcement of Morals*, Oxford UP
- Díaz, E. (1984): *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Debate, Madrid.
- Dworkin, G. (1990a): «Paternalismo», *Derecho y Moral*, dirs. J. Betegón y J.R. de Páramo, Ariel, Barcelona, 147-161.
- Dworkin, G. (1990b): «Equal respect and the enforcement of morality», *Social Philosophy & Policy*, 7:2, 180-193.
- Dworkin, G. (1994): «Introduction», *Morality, Harm and the Law*, ed. G. Dworkin, Westview Press, Boulder, 1-5.
- Dworkin, (1998-99): «Devlin was right: Law and the enforcement of Morality», *William and Mary Law Review*, 40, 927-946.
- Dworkin, G. (2005): «Moral Paternalism», *Law and Philosophy*, 24, 305-319.

Dworkin, R. (1971): «Lord Devlin and the Enforcement of Moráis» *Morality and the Law*, ed. R.A. Wasserstrom, Wadsworth, Belmont, 55-72. El artículo fue originalmente publicado en las páginas 986 a 1005 del número 75, correspondiente al año 1966, de la revista *Yale Law Journal*. Posteriormente fue incluido como capítulo de su libro *Taking Rights Seriously* (Duckworth, London, 1977). Dworkin, R. (1981): «Is there a right to pornography?», *Oxford*

Journal of Legal Studies, 1:2. Dworkin, R. (1994): «Liberal Community», *Morality, Harm and the Law*, ed. G. Dworkin, Westview Press, Boulder, 36-43. Escudero Alday, R. (2004): *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Cívitas, Madrid. Feinberg, J. (1987): *The Moral Limits of the Criminal Law*. vol. 1: *Harm to Others*, Oxford UP, New York. Feinberg, J. (1990): *The Moral Limits of the Criminal Law*. vol. 4: *Harmless Wrongdoing*, Oxford UP, New York, Jarzón Valdés, E. (1988): «¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?», *Doxa*, 5, 155-173. George, R.R (1995): *Making Men Moral. Civil liberties and public morality*, Oxford UP. Goodwin, B. (1993): *El Uso de las Ideas Políticas*, trad. E. Lynch, Península, Madrid. Gottlieb, E. (2000): *Morality Imposed*, New York UP. Grey, T.C. (1983): *The Legal Enforcement of Morality*, Alfred Knopf Inc., New York. Gutmann, A. (1980): «Children, Paternalism and Education: A Liberal Argument», *Philosophy & Public Affairs*, 9, 338-358. Hall, J.R. (1998): «Social organization and pathways of commitment: types of communal groups, rational choice theory, and the Kanter thesis», *American Sociological Review*, 53:5, 679-692. Hart, H.L.A. (1980a): «El nuevo desafío al positivismo jurídico», trad. L. Hierro, F. Laporta y J.R. de Páramo, *Sistema*, 36, 3-18. art. H.L.A.: (1980b): «Inmoralidad y Alta Traición», trad. J. Sainz, Fondo de Cultura Económica, México, 159-168.

Hart, H.L.A. (1992): *El Concepto de Derecho*, trad. G. R. Cardó, Abeledo, Buenos Aires.

Hart, H.L.A. (2003): «Social Solidarity and the Enforcement of Moráis», *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford UP, 248-262. El artículo fue originalmente publicado en las páginas 1 a 13 del número 35, correspondiente al año 1967, de la revista *University of Chicago Law Review*.

Hart, H.L.A. (2006): *Derecho, Libertad, Moralidad*, trad. M.A. Ramiro, Dykinson, Madrid.

Kanter, R.M. (1972): *Commitment and Community Communes and Utopias in Sociological Perspective*, Harvard UP, Cambridge.

Kelsen, H. (2002): *Esencia y Valor de la Democracia*, trad. R. Luenigo y L. Legaz, Comares, Granada.

Laporta, F. (1987): «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, 4, 23-46.

Laporta, F. (1993): *Entre el Derecho y la Moral*, Fontamara, México.

López Aranguren, J.L. (1996): *Ética y Política*, Biblioteca Nueva, Madrid.

Louch, A.R. (1971): «Sins and Crimes», *Morality and the Law*, ed. R.A. Wasserstrom, Wadsworth, Belmont, 73-85.

Málem, J. (1996): *Estudios de Ética Jurídica*, Fontamara, México.

Mili, J.S. (1997), *Sobre la Libertad*, trad. de Azcárate, Alianza, Madrid.

Mitchell, B. (1967): *Law, Morality and Religion in a Secular Society*, Oxford UP.

Murphy, J.G. (1974): «Incompetence and Paternalism», *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophy*, 60, 465-486.

Murphy, J.G. (1998-99): «Moral reasons and the limitation of liberty», *William and Mary Law Review*, 40, 947-957.

Nagel, T. (1994): «Moral Conflict and Political Legitimacy», *Morality, Harm and the Law*, ed. G. Dworkin, Westview Press, Boulder, 60-76.

Niño, C.S. (1989): *Ética y Derechos Humanos*, Ariel, Barcelona.

Peces-Barba, G. (1995a): *Ética, Poder y Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Peces-Barba, G. (1995b): *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Boletín Oficial del Estado, Madrid.

- Pérez Luño, A.B. (2003): *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8ª ed., Tecnos, Madrid.
- Pérez Triviño, J.L. (1995): «Derechos humanos, relativismo y protección jurídica de la moral en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Doxa*, 17-18, 469-490.
- Postema, G.J. (1994): «Public faces-private places: liberalism and the enforcement of morality», *Morality, Harm and the Law*, ed. G. Dworkin, Westview Press, Boulder, 76-90.
- Ramiro Aviles, M.A. (2000): *Utopía y Derecho. El sistema jurídico en las sociedades ideales*, Marcial Pons, Madrid.
- Ramiro Aviles, M.A. (2005): «Paternalismo jurídico y moralismo legal en un sociedad multicultural: el caso de las comunidades intencionales (a propósito de *The Village*)», *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, ed. .1. Ansuategui, A. del Real y R. Ruiz, Dykinson, Madrid, 111-151.
- Ramiro Aviles, M.A. (2006a): «A vueltas con el paternalismo jurídico», *Derechos y Libertades*, 15, 211-256.
- Ramiro Aviles, M.A. (2006b): «Clonación y Utopía», *Derechos humanos: problemas derivados de las biotecnologías*, ed. J. de Lucas, Tirant lo Blanch, Valencia (pendiente de publicación).
- Ramos Pascua, J.A. (1988): «Promoción activa e imposición de la moral. Examen de la postura de H.L.A. Hart», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 28, 1988, 447-467.
- Raz, J. (1986): *The Morality of Freedom*, Clarendon, Oxford.
- Raz, J. (1989): «Facing Up: A Reply», *Southern California Law Review*, 62:3/4, 1153-1235.
- ^odríguez-Drincourt, .1. (2002): *Genoma humano y Constitución*, Civitas, Madrid.
- loss, A. (1989): *¿Por qué Democracia?*, trad. R. Vernengo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- jjandel, M. (1994): «Moral argument and liberal toleration: abortion and homosexuality», *Morality, Harm and the Law*, ed. G. Dworkin, Westview Press, Boulder, 109-123.
- iautori, G. (2003): *¿Qué es la democracia?*, trad. M.A. González y M.C. Pestellini, Taurus, Madrid.
- iautorius, R.E. (1971-72): «The Enforcement of Morality», *Yale Law Journal*, 81, 891-910.

- Schwartz, L.B. (1971): «Moral offenses and the Model Penal Code», *Morality and the Law*, ed. R.A. Wasserstrom, Wadsworth, Belmont, 88-106.
- Scoccia, D. (1990): «Paternalism and respect for Autonomy», *Ethics*, 100, 318-334.
- Sher, G. (1997): *Beyond Neutrality. Perfectionism and Politics*, Cambridge UP.
- Shklar, J.N. (1986), *Legalism. Law, Morals and Political Theory*, Harvard UP.
- Ten, C.L. (1969): «Crime and Immorality», *Modern Law Review*, 32, 648-663.
- Ten, C.L. (1971): «Paternalism and Morality», *Ratio*, 13, 56-66.
- Ten, C.L. (1972): «Enforcing a shared Morality», *Ethics*, 82:4, 321-329.
- Thompson, D. (1999): *La Ética Política y el Ejercicio de Cargos Públicos*, trad. G. Ventureira, Gedisa, Barcelona, 223-265.
- Tomás-Valiente, C. (1999): «The justification of paternalism», *Rechtstheorie*, 30, 431-460.
- Wall, S. (1999): *Liberalism, Perfectionism and Restraint*, Cambridge UP.
- Zablocki, B.D.; Kanter, R.M. (1976): «The differentiation of life-styles», *Annals of the New York Academy of Sciences*, 2, 269-298.
- Zanetti, G. (2002): *Political Friendship and the Good Life. Two Liberal Arguments against Perfectionism*, Kluwer, Dordrecht.

Unas palabras sobre la traducción

Esta es la primera vez que este libro de H.L.A. Hart se traduce al castellano. Se toma como texto de referencia la segunda edición del libro, la cual apareció en el año 1981 y que incorpora el Prefacio firmado por Hart en marzo de ese año. Este hecho puede llegar a distorsionar un tanto el elemento temporal presente en el libro ya que resulta de una serie de conferencias pronunciadas en 1962 al hilo de la polémica surgida años antes con Patrick Devlin y la publicación del *Injor-*

- Pérez Luño, A.E. (2003): *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8ª ed., Tecnos, Madrid.
- Pérez Triviño, J.L. (1995): «Derechos humanos, relativismo y protección jurídica de la moral en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Doxa*, 17-18, 469-490.
- Postema, G.J. (1994): «Public faces-private places: liberalism and the enforcement of morality», *Morality, Harm and the Law*, ed. G. Dworkin, Westview Press, Boulder, 76-90.
- Ramiro Aviles, M.A. (2000): *Utopía y Derecho. El sistema jurídico en las sociedades ideales*, Marcial Pons, Madrid.
- Ramiro Aviles, M.A. (2005): «Paternalismo jurídico y moralismo legal en un sociedad multicultural: el caso de las comunidades intencionales (a propósito de *The Village*)», *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, ed. J. Ansuategui, A. del Real y R. Ruiz, Dykinson, Madrid, 111-151.
- Ramiro Aviles, M.A. (2006a): «A vueltas con el paternalismo jurídico», *Derechos y Libertades*, 15, 211-256.
- Ramiro Aviles, M.A. (2006b): «Clonación y Utopía», *Derechos humanos: problemas derivados de las biotecnologías*, ed. J. de Lucas, Tirant lo Blanch, Valencia (pendiente de publicación).
- Ramos Pascua, J.A. (1988): «Promoción activa e imposición de la moral. Examen de la postura de H.L.A. Hart», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 28, 1988, 447-467.
- Raz, J. (1986): *The Morality of Freedom*, Clarendon, Oxford.
- Raz, J. (1989): «Facing Up: A Reply», *Southern California Law Review*, 62:3/4, 1153-1235.
- Rodríguez-Drincourt, J. (2002): *Genoma humano y Constitución*, Civitas, Madrid.
- Ross, A. (1989): *¿Por qué Democracia?*, trad. R. Vernengo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Sandel, M. (1994): «Moral argument and liberal toleration: abortion and homosexuality», *Morality, Harm and the Law*, ed. G. Dworkin, Westview Press, Boulder, 109-123.
- Sartori, G. (2003): *¿Qué es la democracia?*, trad. M.A. González y M.C. Peslellini, Taurus, Madrid.
- Sartorius, R.E. (1971-72): «The Enforcement of Morality», *Yale Law Journal*, 81, 891-910.

- Schwartz, L.B. (1971): «Moral offenses and the Model Penal Code», *Morality and the Law*, ed. R.A. Wasserstrom, Wadsworth, Belmont, 88-106.
- Scoccia, D. (1990): «Paternalism and respect for Autonomy», *Ethics*, 100, 318-334.
- Sher, G. (1997): *Beyond Neutrality. Perfectionism and Politics*, Cambridge UP.
- Shklar, J.N. (1986), *Legalism. Law, Morals and Political Theory*, Harvard UP.
- Ten, C.L. (1969): «Crime and Immorality», *Modern Law Review*, 32, 648-663.
- Ten, C.L. (1971): «Paternalism and Morality», *Ratio*, 13, 56-66.
- Ten, C.L. (1972): «Enforcing a shared Morality», *Ethics*, 82:4, 321-329.
- Thompson, D. (1999): *La Ética Política y el Ejercicio de Cargos Públicos*, trad. G. Ventureira, Gedisa, Barcelona, 223-265.
- Tomás-Valiente, C. (1999): «The justification of paternalism», *Rechtstheorie*, 30, 431-460.
- Wall, S. (1999): *Liberalism, Perfectionism and Restraint*, Cambridge UP.
- Zablocki, B.D.; Kanter, R.M. (1976): «The differentiation of life-styles», *Annual Review of Sociology*, 2, 269-298.
- Zanetti, G. (2002): *Political Friendship and the Good Life. Two Liberal Arguments against Perfectionism*, Kluwer, Dordrecht.

Unas palabras sobre la traducción

Esta es la primera vez que este libro de H.L.A. Hart se traduce al castellano. Se toma como texto de referencia la segunda edición del libro, la cual apareció en el año 1981 y que incorpora el Prefacio firmado por Hart en marzo de ese año. Este hecho puede llegar a distorsionar un tanto el elemento temporal presente en el libro ya que resulta de una serie de conferencias pronunciadas en 1962 al hilo de la polémica surgida años antes con Patrick Devlin y la publicación del *Infor-*

me Wolfenden. Tengo que confesar que el proceso de la traducción ha sido arduo y más difícil de lo que esperaba, viendo el escaso grosor de la obra original. Espero no haber cometido demasiados errores y que el lector sea indulgente. No obstante, esta traducción no puede entenderse completa sin dos cosas: el libro de Patrick Devlin, *La Imposición de la Moral*, que en breve será publicado en la misma colección, y la edición de un libro de lecturas básicas, lo que en el mundo anglosajón se denomina *reader*, sobre este tema que recoja el *Informe Wolfenden*, sentencias como la del caso *Lawrence vs. Texas* y las opiniones de aquellos autores que de forma significativa han contribuido a este debate sobre la imposición de la moralidad.

No quisiera terminar este estudio preliminar sin antes agradecer a Rosemary Barberet, Javier Dorado, Luis Gómez, Ramón Ruiz y, muy especialmente, Andrea Rodríguez Libo-reiro que me hayan ayudado con la traducción y que con sus consejos y sugerencias hayan mejorado notablemente el texto. De igual modo quisiera agradecer a Rafael Tijeras y Gabriel Tijeras, de la Editorial Dykinson, por la compra de los derechos de traducción y por la infinita paciencia que han tenido durante todos estos meses. Esto de la paciencia se hace extensible, una vez más, a Javier Ansuategui.

Madrid, agosto de 2006.